Die Diskontierung von Buchforderungen

ihr Tatbestand, rechtliche Charakteristik und Rechtswirkungen

von

Ernst Jehle
Rechtsanwalt in Stuttgart

Erster — Allgemeiner Teil

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät in Tübingen

vorgelegt von

Ernst Jehle
Rechtsanwalt in Stuttgart

Stuttgart
Druck der Hofbuchdruckerei Zu Gutenberg Carl Grüninger
1915

Die Diskontierung von Buchforderungen

ihr Tatbestand, rechtliche Charakteristik und Rechtswirkungen

von

Ernst Jehle
Rechtsanwalt in Stuttgart

Erster — Allgemeiner Teil

Inaugural-Dissertation

der

hohen juristischen Fakultät in Tübingen

vorgelegt von

Ernst Jehle
Rechtsanwalt in Stuttgart

Stuttgart
Druck der Hofbuchdruckerei Zu Gutenberg Carl Grüninger
1915

Auf Antrag des Referenten

Herrn Professors Dr. Geib

von der Fakultät genehmigt

am 4. August 1915.

Inhaltsverzeichnis für den ersten Teil.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

Zweiter Abschnitt.

Der Tatbestand des Diskontierungsgeschäftes.

Dritter Abschnitt.

Rechtliche Charakteristik.

I. Allgemeiner Teil.

Erster Abschnitt.

Einleitung.

§ 1.

Das Thema.

In Deutschland haben sich die wirtschaftlichen Kreise in den letzten Jahren mit der sogenannten Diskontierung von Buchforderungen eifrig befaßt. Die Äußerungen der Handelskammern sind zahlreich, massenhaft die Artikel der Fach- und Tagespresse, umfangreich die Literatur auf wirtschaftlichem Gebiet. Auch die Juristen fingen an, diese Erscheinung des Kreditwesens zusammenhängend zu betrachten, sie zu gruppieren und ihre einzelnen rechtlichen Vorgänge zu untersuchen. In der Tat bietet ihre rechtliche Charakterisierung und die Darstellung ihrer Rechtswirkungen eine Aufgabe von starkem Reiz, dem auch die vorliegende Arbeit ihre Entstehung verdankt. Diese will sich auf das rechtliche Gebiet beschränken, zieht aber die wirtschaftliche und praktische Anschauung der Vorgänge so weit in ihren Kreis herein, als diese Voraussetzung für eine sachgemäße rechtliche Darstellung ist. Den entarteten Streit um die wirtschaftliche Berechtigung der abzuhandelnden Kreditform für deutsche Verhältnisse lassen wir durchaus auf sich beruhen.

Die Beschreibung des Themas entstammt dem kaufmännischen Sprachschatz: ihm ist das Wort „Diskontierung" in engerem Sinn und in übertragener Bedeutung bekannt. In ersterer Gebrauchsweise bedeutet es die Übernahme eines unverzinslichen befristeten Zahlungsversprechens in gesetzlich vorgeschriebener und leicht realisierbarer Form, gegen Hingabe einer dem Nominalbetrag der Forderung entsprechenden Geldsumme, jedoch mit Abzug einer nach Zinshöhe und Verfallzeit berechneten Summe, des Diskonts — so Otto Schwarz, Diskontpolitik, Leipzig 1911 — und erscheint am häufigsten in Verbindung mit dem Wechsel, der besonders gangbaren Form der abstrakten Zahlungsversprechen, als Diskontierung von Wechseln.

Die Diskontierung ist hiernach ein Umsatzgeschäft — Hingabe von Geld gegen Empfangnahme eines Zahlungsversprechens — und dieses Merkmal hebt sich als besonders wichtig von allen anderen so lebhaft ab, daß der Ausdruck Diskontierung auch da zur Anwendung gelangt, wo die anderen fehlen, wie bei der Übernahme von Buchforderungen gegen Hingabe von Geld.

Auch der Ausdruck „Buchforderungen" gehört der Verkehrssprache der Kaufleute und Gewerbetreibenden an, und betrifft die Forderungen, welche der Betrieb eines Handelsgeschäftes oder Gewerbes durch Lieferung von Ware, Herstellung gewerblicher Erzeugnisse, Leistung von Arbeit, hervorbringt. Man bezeichnet solche Forderungen auch als die „Außenstände" eines Geschäftes. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist der Mangel an einem abstrakten Anerkenntnis seitens der Schuldner; die Buchforderungen sind daher nicht in der Weise begebbar wie Wechselforderungen.

§ 2.

Ursprung des Forderungsdiskontes.

Das Ziel jedes Handels- und Gewerbebetriebes ist Umsatz von Geld zu Ware oder Leistung, und von Ware oder Leistung zu Geld. Am einfachsten vollzieht sich dieser Kreislauf, wo Zug um Zug Geld gegen Lieferung gewechselt wird. Der Drang, den Umsatz zu steigern, hat aber dazu geführt, daß Waren abgegeben werden, ohne daß die Gegenleistung alsbald gefordert wird. In diesem Falle werden dem Geschäft Betriebsmittel vorenthalten, deren nächste Bestimmung es ist, für den Einkauf von Waren, für die Herstellung der abzusetzenden Erzeugnisse und die Deckung der Geschäftsunkosten — Gehälter, Steuern usf. — verwendet zu werden. Die erforderliche Ergänzung des Betriebskapitals kann der Geschäftsinhaber entweder durch eigene Mittel, die noch nicht im Geschäft arbeiten, beschaffen, oder durch Inanspruchnahme fremder Geldquellen oder dadurch, daß er seinerseits die von ihm für den Betrieb benötigten Fertigwaren oder Rohmaterialbestände nicht bar bezahlt, sondern sich Stundung für den Erwerbspreis gewähren läßt. Im letzten Fall spricht man davon, daß Warenkredit in Anspruch genommen wird; dieser ist in vielen Zweigen von Handel und Gewerbe infolge des schon erwähnten Kampfes um die Steigerung des Umsatzes leicht zu erhalten. Die starke Anspannung des Warenkredits führt aber schließlich zu einer Abhängigkeit von den Lieferanten, die es nicht mehr gestattet, auf konkurrenzfähigen Preisen, auf Lieferung tadelloser Ware und der preiswürdigen Sorte, und auf der freien Wahl der den Absatzverhältnissen angepaßten Zeit zum Einkauf — zu bestehen.

Auch da also, wo ein freigebiges Angebot von Waren auf Kredit besteht, ist ein beschränkter Gebrauch Lebensinteresse. Auf anderen Geschäftsgebieten ist die Gewährung von längeren Zahlungsfristen abgeschafft, und zwar vornehmlich dort, wo Ringe, Kartelle, Syndikate, Trusts die Herstellung oder den Absatz eines Artikels beherrschen und infolgedessen die Verkaufsbedingungen einheitlich für alle verwandten Betriebe vorschreiben. Dem Abnehmer ist hier die Zurückhaltung von Betriebsmitteln beim Einkauf nicht möglich.

So müssen denn, wo weitere eigene Mittel nicht mehr herangezogen werden können oder sollen, und der Warenkredit die Grenze einer erträglichen Spannung erreicht hat oder aus anderen Gründen verschlossen ist, die übrigen Geldquellen fließen. Dem Grundstücks- und Gebäudeeigentümer eröffnet sich der Hypothekarkredit; allerdings wird er häufig schon zur Erstellung und Beschaffung der Anlagewerte — Gebäude, Maschinen — benötigt sein. Es bleiben dann hauptsächlich Geldaufnahmen gegen Wertpapiere, gegen persönliche Sicherheiten, also Bürgschaften und ähnliche Deckungen, und endlich Vorschüsse, die ausschließlich auf das Vertrauen zur Person des Geldnehmers gestützt werden. Allen diesen Arten der Geldbeschaffung ist eigentümlich, daß sie keine unmittelbare Beziehung zum Geschäftsbetrieb als solchem haben; sie bauen sich teils auf Anlagewerten, teils auf dem Vertrauen in die Gesamtvermögenslage einer Person auf. — Um aus dem Betrieb heraus Geld zu ziehen, früher, als die Abwickelung des regelmäßigen Geschäftsvorganges die Aufwendungen auf den Einkauf, die Herstellung, den Verkauf, wieder in Form von barem Geld zu seinem Ausgangspunkt zurückfließen läßt, bedarf es spezifischer Mittel. In dieser Hinsicht spielen die Bevorschussung von Konnossementen und die Lombardierung von Waren eine Rolle; vor allem aber ist die Verwandlung der Außenstände in Wechselforderungen weit verbreitet. Der Lieferant zieht in Höhe der ausstehenden Forderung auf den Abnehmer einen, regelmäßig in drei Monaten fälligen Wechsel, den der Schuldner akzeptiert, der Geldgeber des Forderungsinhabers, mit oder ohne sonstige Sicherheiten diskontiert oder der Warengläubiger des Ausstellers zahlungshalber annimmt. Das deutsche Geschäftsleben kennt einen äußerst regen Verkehr in solchen Warenwechseln; sie bilden das am häufigsten angewandte Mittel zur „Flüssigmachung“ der Buchausstände.

Aber dies Mittel versagt in vielen Fällen. Es gibt eine große Zahl Firmen, die nicht „auf sich ziehen“ oder nicht „auf sich entnehmen“ lassen, weil sie nicht wünschen, daß im Verkehr Wechsel auf ihren Namen umlaufen; es gibt Firmen und Personen, die grundsätzlich keine der Wechselstrenge unterliegende Verbindlichkeit eingehen, und es gibt Berufskreise, in

denen sich der Wechselverkehr nicht einbürgern kann, wozu namentlich die Landwirtschaft und alle Geschäfte, die an Landwirte verkaufen, zu rechnen sind, weil dort die Bereitstellung von Mitteln von der Ernte abhängt und somit die pünktliche Einhaltung eines bestimmten Verfalltags nicht zur Verpflichtung erhoben werden kann. In allen diesen Fällen ist die Diskontierung von Buchforderungen berufen, eine Lücke auszufüllen und demjenigen, dessen Mittel „im Buch stehen", eine Geldquelle zu eröffnen. Da das Bedürfnis sich in allen Ländern mit entwickeltem Wirtschaftsleben zeigt, ist der Forderungsdiskont nirgends unbekannt: in den Vereinigten Staaten von Nordamerika sehr gebräuchlich, in Frankreich und der Schweiz neben der hier häufig in Anwendung gebrachten, nicht akzeptierten Tratte, aufgenommen, aber besonders kräftig und für Deutschland vorbildlich, in Österreich und Ungarn entwickelt.

Zweiter Abschnitt.

Der Tatbestand des Diskontierungsgeschäftes.*

§ 3.

Die Quellen.

Der Tatbestand ist gesetzlich nicht festgestellt; jedoch hat die Entwickelung zu einer im wesentlichen übereinstimmenden Übung geführt; sie ist in den „Geschäftsbestimmungen" der Institute, welche den Buchforderungsdiskont betreiben, niedergelegt. Auf die Einhaltung der Vorschriften wird der Diskontnehmer verpflichtet, so daß sie die vertragsmäßige Grundlage für die Rechtsbeziehungen der in Betracht kommenden Personen, namentlich des Geldgebers (Diskonteurs) und des Geldnehmers (Diskontnehmers) bilden. Der nachfolgende Bericht über den charakteristischen Verlauf des Geschäftes gründet sich auf die Praxis größerer österreichischer Genossenschaften und die hiernach entwickelte Geschäftsübung namhafter deutscher Kreditinstitute; eine wörtliche Anführung aus solchen „Bestimmungen" findet statt, sofern dies für die rechtliche Charakteristik unerläßlich scheint; im übrigen werden die Leitsätze zusammengezogen.

---

* Aus der reichhaltigen Literatur sollen hier erwähnt werden:

Dr. Georg Eckstein: Die Diskontierung von Buchforderungen in Österreich und Deutschland. Berlin 1911.

Dr. jur. Georg Hartrodt: Die Diskontierung von Buchforderungen. Ein Handbuch für Theorie und Praxis. Berlin 1912.

Robert Hacker: Die Technik des Buchforderungseskomptes. Wien 1913.

§ 4.

Das „Kreditgesuch".

Der Diskontnehmer richtet vor der Einleitung des Geschäftsverkehrs an den Geldgeber ein Gesuch um „Kreditgewährung", worin er die Höhe des von ihm äußerstens gewünschten Betrages angibt; in der Regel hat er mit dem Gesuch seine letzten Bilanzen vorzulegen und wird nötigenfalls auch über sonstige Umstände befragt, die für seine Kreditwürdigkeit erheblich sind; namentlich werden die Außenstände eingehender Prüfung unterzogen: in Hinsicht auf Art der Kundschaft, Länge der eingeräumten Zahlungsfristen, etwa vorhandene Garantieverpflichtungen des Diskontnehmers u. dergl. mehr. Fällt die Entscheidung über das Gesuch zugunsten der „Kreditgewährung", so wird ein Höchstbetrag festgesetzt, bis zu welchem „Vorschüsse auf Buchforderungen" bewilligt werden können, d. h. eine Höchstsumme, über die hinaus der Kreditnehmer dem Diskonteur im ganzen nicht schuldig werden soll. Es wird ferner festgesetzt, wie oft diese Summe im Jahr umgesetzt werden soll und welche Mindestvergütungen zu zahlen sind, wenn der vorgeschriebene Umsatz nicht erreicht wird.

§ 5.

Die „Grundlage des Kredits".

Als „Grundlage des Kredits" wird vertragsgemäß bezeichnet „die Übertragung (Abtretung) offener Buchforderungen" von seiten des Diskontnehmers an den Geldgeber. Über die Eigenschaften, die die abzutretenden Forderungen in der Regel aufweisen sollen, folgen dann nähere Bestimmungen, von denen beispielsweise hier aufgezählt werden:

die Entstehung der Forderung darf, von der Einreichung an gerechnet, nicht mehr als 3 Monate zurückliegen;

ihre Fälligkeit darf nicht später als 6 Monate nach der Einreichung eintreten;

die Forderung muß auf einer vollständig ausgeführten Lieferung von Waren oder geleisteter, fertiger Arbeit (Werklieferung) beruhen und „fakturiert" sein; ausgeschlossen sind demnach insbesondere Forderungen aus Kommissionslieferungen und Lieferungen auf Probe;

die Forderung muß unbestritten sein;

die Forderung darf nicht gegen einen Schuldner gerichtet sein, welcher gegen den Diskontnehmer Forderungen aus Gegengeschäften hat;

der Schuldner muß bedenkenfrei zahlungsfähig sein.

§ 6.

Die „Einreichung".

Die Übertragung (Abtretung) der zu diskontierenden Buchforderungen wird in der banktechnischen Sprache als „Einreichung" bezeichnet; in der Regel werden mehrere oder viele Forderungen auf einer „Einreichungsliste" gesammelt und der Bank übergeben. Die Zession erfolgt im Interesse der Sicherheit des Verkehrs schriftlich. Der Vordruck für eine Einreichungsliste zeigt beispielsweise folgenden Wortlaut:

„Die in nachfolgender Liste verzeichneten, mir zustehenden Buchforderungen im Gesamtbetrage von ℳ .... trete ich hierdurch an Sie ab. Für die Rechtsfolge der Übertragung sind die im Verkehr zwischen uns giltigen Geschäftsbestimmungen maßgebend."

Die Bezeichnung der einzelnen Forderungen geschieht nach folgendem Schema:

Hauptbuch Folio	Lfde. Nr.	Fakturen-Datum	Firma bzw. Name des Drittschuldners	Branche	Wohnort (genau)	Straße und Nr.	Betrag ℳ	₰	Verfall	Buchungsvermerk des Diskonteurs

Nach Annahme der Zessionen erfolgt die Buchung des abgetretenen Forderungsbetrages, und zwar wird er in einer Summe dem Zedenten gutgeschrieben, auf einem Konto, das verschieden, als „Forderungskonto" oder als „Fakturenkonto" bezeichnet wird. Die Gegenbuchung geschieht in der Weise, daß die zedierte Summe den Drittschuldnern, ebenfalls in Summa, belastet wird, auf einem Konto, das Drittschuldner-, Buchschuldner-, oder Zessionsdebitorenkonto benannt wird.

§ 7.

Die Abrechnung.

Der Zession der zu diskontierenden Buchforderungen folgt die Hergabe des Vorschusses seitens des Diskonteurs; die Höhe desselben bemißt sich nach der Zessionssumme, d. h. nach dem Betrag der „Einreichung" und hält sich, je nach der Güte der debitores cessi in der Regel innerhalb der Grenzen von 60—80 % der Zessionssumme.

Die Zeit der Rückerstattung des Vorschusses wird entweder so bemessen, daß die in Diskont genommenen Forderungen etwas vorher fällig werden, oder aber wird, nach der überwiegenden Übung, ein bestimmter Zeitraum von 3 Monaten als Frist für die Gewährung des Kreditbetrages festgesetzt, wobei, wenigstens als Regelfall, unterstellt wird, daß die zedierten Forderungen vorher beim Diskonteur eingehen, und hiermit eine Glattstellung des Kontos erfolgen kann.

Bei den meisten Diskontinstituten wird über den Betrag des Vorschusses ein Wechsel ausgestellt; in der Regel hat der Diskontnehmer ihn zu akzeptieren; der Verfalltag ist zumeist auf das Ende der für den Vorschuß vorgesehenen Frist ausgeschrieben; es gibt aber auch Institute, die den Wechsel auf Sicht stellen, um für die Möglichkeit, daß eine Rückziehung des Vorschusses vor Ablauf der vorgesehenen Frist notwendig würde, eine sofort verwendbare Wechselurkunde in Händen zu haben; auch im letzteren Fall ist übrigens, wie noch besonders erwähnt werden soll, der regelmäßige Geschäftsverlauf auf eine Belassung des Vorschusses für eine von den Parteien bestimmte Zeit abgestellt.

Die Wechsel derjenigen Diskonteure, die aus ihren Mitteln vorschießen, sind an eigene Ordre gestellt, bei dem Diskontinstitut selbst domiziliert, und verbleiben in der Regel in der Wechselmappe, werden also nicht begeben. Doch geschehen die Abrechnungen der Vorschüsse auch oft so, wie wenn seitens des Geldgebers eine Diskontierung der Akzepte des Diskontnehmers stattgefunden hätte und werden in diesem Fall die Zinsen für den kreditierten Betrag vorweg, bei der Auszahlung desselben, entnommen. Diejenigen Forderungsdiskonteure, welche zum Betrieb des Forderungsdiskontgeschäftes selbst in ausgedehntem Maße Kredit in Anspruch nehmen, und das sind insbesondere die Genossenschaften, die ihren Mitgliedern auf Buchforderungen Vorschüsse geben, und sich zur Verfolgung dieses Zwecks an eine Bank anlehnen, — stellen über die Vorschüsse, die dem Zedenten der Forderungen zukommen sollen, in der Regel Wechsel aus, die an die geldgebende Bank und deren Ordre gerichtet, von dem Forderungszedenten angenommen sind und drei Monate Laufzeit haben. Die bücherliche Durchführung der Operation kommt im Erfolg darauf hinaus, daß der Forderungszedent bei dem Forderungsdiskontinstitut auf einem Debitoren- (auch Kontokorrent-) konto mit dem ganzen Wechselbetrag als Vorschußbetrag belastet ist. Die Verwertung des Akzeptes geschieht in folgender Weise: Der Belastung auf Debitorenkonto entspricht eine Gutschrift in einer für die Buchung der Akzepte der Diskontnehmer eingerichteten, meist Tratten- oder Deckungswechselkonto, genannten Buchführungsspalte; sodann erfolgt die Abrechnung, wobei nun das Akzept des Forderungszedenten als Aktivum auf der Sollseite

eines Rimessenkontos auftritt; der „Diskont“ (Zinsenbetrag) und die „Provision“ erscheinen als Verdienste des Forderungsdiskonteurs, im Haben eines Diskont- und Provisionskontos; der, infolge der Abrechnung des Wechselakzepts, nach Abzug von Diskont und Provision übrig bleibende, dem Akzeptanten zur Verfügung stehende Rest, der „Erlös“, wird bei der Bank des Forderungsdiskontinstituts dem Akzeptanten angewiesen, sodaß er in den Büchern des Diskontinstituts auf einem Bankkonto als die Kette schließender Habenposten erscheint. Der Zedent aber hat den Vorschuß, den er wünschte, bei der Bank zu seiner Verfügung.

Schließlich mögen, zur Vervollständigung des Bildes, die, allerdings selteneren, Fälle, nicht unerwähnt bleiben, in denen dem Diskontnehmer gestattet ist, zur Erlangung des ihm bewilligten Vorschusses einen Wechsel auf das Forderungsdiskontinstitut, als Akzeptanten, zu ziehen; es sollen dadurch dem Forderungszedenten billige Zinsbedingungen geboten werden, indem er das Akzept des Diskonteurs verwertet und hierauf nur eine geringere Zinseinbuße erleidet. Auch ein solches Akzept des Diskonteurs hat eine Laufzeit von regelmäßig drei Monaten und es wird erwartet, daß aus den zedierten Forderungen beim Diskonteur so viel Beträge eingehen, als zur Einlösung seines Akzepts erforderlich sind; andernfalls ist der Forderungszedent zum Ausgleich verpflichtet.

§ 8.

„Rechtsfolgen der Einreichung.“

Die Einreichung der Liste wird als Antrag auf Abtretung der darin verzeichneten Buchforderungen an den Diskonteur aufgefaßt; die Annahme erfolgt in der Regel durch Gutschrift des Listenbetrages auf „Forderungskonto“, soll aber für alle Fälle als im vorhinein erklärt gelten.

Als Rechtsfolge der Einreichung wird grundsätzlich bestimmt, daß die in der Liste enthaltenen Forderungen auf den Diskonteur als Zessionar übergehen, und zwar in ihrem vollen Betrag, also nicht bloß zu dem Prozentsatz, der für das Ausmaß des Vorschusses bestimmt ist. Mit der Abtretung einer Forderung werden gleichzeitig alle Rechte, welche dem Zedenten auf die gelieferte Ware aus „Eigentumsvorbehalt, Verfügungsstellung oder sonstwie“ zustehen, übertragen.

Der Diskontnehmer kann die Auszahlung des Vorschusses erst verlangen, nachdem eine angemessene Zeit zur Prüfung der eingereichten Forderungen — durch Einholung von Auskünften u. dergl. — verstrichen ist, und nachdem, im Falle eines dahin gehenden Verlangens, die etwa vorhandenen urkundlichen Belege für die Forderungen, dem Zessionar übermittelt sind.

Der Diskontnehmer wird verpflichtet, dem Diskonteur zum Zweck der Prüfung der Forderungen „jederzeit alle gewünschte Unterstützung zu leisten, insbesondere z. B. Kontokorrentauszüge zu liefern, Rechnungskopien, Auskünfte, vorzulegen.“ Die Prüfung der Forderungen kann vom Diskonteur wiederholt werden, auch nachdem der Vorschuß bewilligt und gegeben ist, so oft er es als angemessen oder notwendig betrachtet.

Die Entscheidung über das Ergebnis der Prüfung, also darüber, ob eine Forderung zur Diskontierung geeignet ist und bleibt, wird in das Ermessen des Zessionars gestellt.

Die Geschäftsbestimmungen pflegen dann ausdrücklich zu betonen, daß der Zedent für Bestand und Eingang der abgetretenen Forderungen dem Zessionar haftet.

§ 9.

Notleidende Forderungen.

Wenn bei einer Prüfung befunden wird, daß eine eingereichte Forderung sich nicht zur Diskontierung eignet, so soll der Zessionar berechtigt sein, von dem Zedenten den Betrag der Forderung, gegen deren Rückabtretung, in bar zu verlangen; von dieser Befugnis kann er im besonderen stets Gebrauch machen, wenn eine zedierte Forderung vom Drittschuldner ganz oder teilweise bestritten wird, wenn die für die Forderung gelieferte Ware oder geleistete Arbeit bemängelt wird, endlich wenn die Forderung sonst eine Änderung an ihrem rechtlichen Bestand erfährt, wobei als Änderung im rechtlichen Bestand auch die Fälle zählen, in denen der zedierten Forderung gegenüber Gegenforderungen behauptet werden.

Der Zedent ist verpflichtet, dem Zessionar unverzüglich Anzeige zu erstatten, sobald ein Umstand eintritt, der für die Beurteilung der Diskontfähigkeit einer Forderung in Betracht kommt.

Der Diskonteur kann dem Zedenten nachlassen, daß er, an Stelle der Ablösung einer im Sinne dieser Bestimmungen notleidenden Forderung durch Barzahlung ihres Betrags, eine andere, diskontfähige Forderung abtritt, gegen Rückzession des beanstandeten Postens. In der Praxis wird dieser „Austausch“ ungeeigneter gegen geeignete Forderungen in der Regel zugelassen.

Dem Zessionar wird ausdrücklich die Befugnis zugesprochen, daß er Forderungen, die nicht eingehen, zur Klage und Zwangsvollstreckung bringen kann, wobei ihm der Zedent Prozeßhilfe gegen den debitor cessus zu leisten, insbesondere alle Prozeßbehelfe zu liefern verpflichtet ist; der Diskontnehmer muß dem Diskonteur alle Kosten, die wegen der Geltendmachung

von eingereichten Forderungen entstehen, ersetzen. Der Diskonteur soll aber auch vom Diskontnehmer verlangen können, daß letzterer eine eingereichte Forderung zu „Gunsten des ersteren“ einklage und vollstrecke.

§ 10.

Die Anzeige von der Abtretung an den Buchschuldner.

In allen Fällen muß der Zedent dem Diskontinstitut eine unterschriebene, für den Drittschuldner bestimmte Anzeige von der Abtretung einer eingereichten Forderung übergeben. Wenn die Anzeige vereinbarungsgemäß sofort und für jede Forderung versandt wird, spricht man von einem „Kredit mit Verständigung der Buchschuldner“.

Sehr häufig bleiben aber die Anzeigen beim Diskonteur und sie werden meist, zum Zweck der Vereinfachung des Schreibwerks, nicht ausgefüllt, sondern in blanco formularmäßig unterfertigt, und dem Diskonteur mit der Bestimmung übergeben, daß er die Anzeigen auf Grund der Einreichungslisten vervollständigen kann, sobald sie zum Versand kommen sollen; auf diese Weise sind die Anzeigen nicht nur für eine bestimmte Forderung verwendbar, sondern, nach Bedarf, für eine dem Diskonteur, sei es als Ersatz, oder sei es später bei einem neuen Diskontgeschäft, eingereichte Forderung. Man spricht in diesen Fällen von einem Diskontkredit „ohne Verständigung“.

Darüber, wann und wenn die Anzeigen an die debitores cessi, die zunächst unterbleiben, hinausgegeben werden, enthalten die Geschäftsbestimmungen mancher Institute die Vorschrift, daß der Diskonteur ermächtigt ist, sie nach seinem Ermessen abgehen zu lassen; nach anderen soll die Verständigung der Drittschuldner in der Regel nur in gewissen Fällen stattfinden, die z. B. folgendermaßen umschrieben werden:

1. Wenn der Kreditnehmer seinen wie immer gearteten Verpflichtungen gegenüber dem Kreditgeber nicht durchaus nachkommt, insbesondere die dem Kreditgeber gehörigen Eingänge nicht pünktlich abführt;
2. wenn die Verhältnisse des Kreditnehmers sich in einer die Interessen des Kreditgebers bedrohenden Weise verändern, oder wenn es sich herausstellt, daß schon bei dem Beginn der Kreditgewährung Umstände vorlagen, welche den Kreditgeber von der Kreditgewährung überhaupt oder einer solchen in der genehmigten Höhe hätten abhalten können; hierher gehören insbesondere: Zahlungsverzug gegenüber Lieferanten, wiederholtes Vorkommen von „Retouren“, Nichteinlösung von Wechseln u. dergl.;
3. wenn sich bei Prüfung einer Forderung herausstellt, daß sie zur Diskontierung nicht geeignet ist;

4. wenn der Kreditnehmer bei Anbringung seines Kreditgesuchs oder im Verlauf der Geschäftsverbindung dem Kreditgeber unwahre Angaben gemacht hat;
5. wenn die Buchführung des Kreditnehmers nicht auf dem Laufenden ist oder den Anforderungen an kaufmännische Buchführung sonst nicht entspricht;
6. wenn der Kreditnehmer ohne Zustimmung des Kreditgebers Buchforderungen auch anderwärts diskontieren läßt.

Der Diskonteur läßt sich „unwiderruflich bevollmächtigen", namens des Zedenten bezüglich der eingereichten Forderungen schriftliche Abtretungsanzeigen anzufertigen, zum Gebrauch in dem Fall, wenn solche, die vom Kreditnehmer selbst gezeichnet sind, nicht oder nicht mehr vorliegen.

§ 11.

Die Zahlungen und Anschaffungen der Buchschuldner.

Solange dem debitor cessus die Zession der eingereichten Forderungen nicht bekannt ist, kann er nach gesetzlicher Vorschrift mit einer für ihn befreienden Wirkung an den Zedenten bezahlen. Die Geschäftsbestimmungen treffen gegenüber diesem Zustand, der erhebliche Gefahren für den Kreditgeber mit sich bringt, eingehend Vorsorge und lösen ihn gewöhnlich in folgendem Tatbestand auf:

Solange dem Schuldner einer eingereichten Forderung die Abtretung nicht angezeigt ist, gilt der Kreditnehmer in jederzeit widerruflicher Weise als ermächtigt, die Forderung für Rechnung des Kreditgebers einzuziehen; es erfolgt die Annahme von Geld und Geldeswert (Schecks, Wechsel usw.) nur in der Absicht, damit die Geschäfte des Kreditgebers zu führen und für ihn den Besitz und das Eigentum der gezahlten Beträge zu erwerben und auszuüben bezw. die zahlungshalber erworbenen anderen Wertgegenstände als anvertrautes Gut des Kreditgebers zu betrachten.

Die eingezogenen Gelder und Geldeswerte sind alsbald an den Kreditgeber abzuliefern. Sollte dies aus besonderen Gründen nicht möglich sein, so soll der Kreditnehmer insolange die eingegangenen Werte für den Kreditgeber als dessen Eigentum gesondert aufbewahren und davon eine Notiz in seinen Büchern machen. Eine Aufrechnung mit diesen Eingängen gegen etwaige Ansprüche des Kreditnehmers an den Kreditgeber findet nicht statt.

Will man das Forderungsdiskontgeschäft der juristischen Forschung ganz erschließen, so muß an dieser Stelle noch geschildert werden, welche Behandlung die beim Zedenten erfolgenden Eingänge in der Praxis regelmäßig erfahren. Sie sollen ja vorschriftsgemäß sofort dem Diskontgeber übermittelt und bis zur Absendung gesondert aufbewahrt werden. Grund=

sätzlich halten beide Parteien an dieser Forderung und Verpflichtung fest. Jedoch ist ihre strikte Durchführung kaum möglich, wenn die eingereichten Forderungen zahlreich sind und infolgedessen vielleicht täglich oder mehrmals täglich Eingänge auf solche beim Kreditnehmer vorkommen. Aber auch bei weniger zahlreichen Eingängen würde der Geschäftsverkehr sehr umständlich werden, wenn jeder Betrag, und sei er auch von noch so geringer Höhe, sofort und besonders übermittelt werden müßte. In Wirklichkeit lassen die Kreditnehmer eine Anzahl Eingänge zusammenkommen und liefern sie in einer Summe ab.

In der Regel setzen nun die Parteien die Diskontierung von Forderungen einige Zeit hindurch dergestalt fort, daß der Kreditgeber stets ungefähr denselben, und zwar gewöhnlich den bewilligten Höchstbetrag, zu gut hat; es gibt also der Kreditnehmer, wenn Eingänge abzuliefern sind, jeweils eine neue Einreichung in Höhe der Summe der Ablieferung, um durch einen entsprechenden Vorschuß wieder auf die frühere Kredithöhe zu kommen. Das Geschäft sollte sich im einzelnen demnach so abspielen: Der Kreditnehmer übermittelt die Summe der auf die dem Kreditgeber zedierten Forderungen erfolgten Eingänge; er tritt darauf dem Kreditgeber neuerdings eine Forderungssumme ab, von welcher der für die Bemessung der Vorschüsse bewilligte Prozentsatz die Summe der abgelieferten Eingänge ausmacht, und erhält vom Kreditgeber den soeben übermachten Betrag der Eingänge wieder in einem neuen Vorschuß. Dieses Verfahren ist umständlich und kostspielig, sodaß es wohl kaum in der Praxis durchgeführt wird. Bei vielen Instituten wird die abzuliefernde Summe von Eingängen gegen den auf die neu eingereichten Forderungen gewährten Vorschuß verrechnet, sodaß in Wirklichkeit eine Hin- und Hersendung von Geld und Geldeswert nicht stattfindet. Diese Methode hat aber die Unzuträglichkeit im Gefolge, daß der Kreditnehmer, der für die Vorschüsse seine Akzepte zu geben hat, nach einer solchen Verrechnung von Eingängen nominell in einem höheren Betrage Wechselverpflichtungen hat, als seine Schuld wirklich noch beträgt, weil das frühere Akzept noch in unverkürztem Betrag besteht und sich in der Regel in dritter Hand, z. B. bei einer geldgebenden Bank, befindet.

Daher wählen viele Diskontinstitute den kürzesten Weg, indem sie die von dem Diskontnehmer abzuliefernden Eingänge freigeben, gegen Abtretung neuer geeigneter Forderungen gleichen Gesamtbetrages. Dieser Umtausch vollzieht sich beispielsweise mit folgendem „Briefwechsel". Der Diskontnehmer schreibt auf einer „Retourliste":

„Von den Ihnen früher übertragenen Buchforderungen haben die unten verzeichneten eine Änderung ihres rechtlichen Bestandes (durch Zahlung, Rimesse, Akzept oder sonstige Gutschrift) erfahren.

Wir halten die Eingänge zu Ihrer Verfügung, bis Sie uns benachrichtigen, daß Sie die Ihnen laut mitfolgender Liste neu übertragenen Forderungen uns vorbehaltslos auf Verrechnungskonto gutgeschrieben haben."

Der Diskontgeber antwortet:

„Für die uns gesandte Übertragungsliste vom ....
Nr. .... erkennen wir Sie mit *M* .... auf Fakturenkonto.

Dagegen belasten wir Sie für Ihre Retourliste vom ....
mit *M* .... auf Fakturenkonto.

Dadurch sind die laut obiger Retourliste seither zu unserer Verfügung gehaltenen Eingänge in letztgenannter Höhe zu Ihrer Verwendung von uns freigegeben."

Die Geschäftsbestimmungen enthalten in der Regel noch die Weisung, daß der Kreditnehmer zur Empfangnahme von Zahlungen nicht mehr berechtigt sei, sobald die Drittschuldner von der Zession verständigt sind; wenn dem Kreditnehmer doch eine Anschaffung zugeht, soll er sie als „anvertrautes Gut" behandeln, wie im Falle, wo eine Benachrichtigung der Drittschuldner nicht stattgefunden hat.

Die Verwendung der dem Kreditgeber zugegangenen Anschaffungen der debitores cessi erfolgt in der Regel so, daß sie dem Kreditnehmer im Kontokorrent gutgebracht, auf Forderungskonto ihm belastet und auf Zessionskonto erkannt werden; jedoch enthalten Geschäftsbestimmungen wohl auch die Klausel, daß nur dem Kreditgeber die Befugnis zustehe, diese Eingänge gegen seine Forderungen beim Kreditnehmer zu verrechnen, und daß der Kreditgeber freie Wahl habe, die Eingänge auf irgend einen der schwebenden Vorschüsse zu verrechnen, oder aber sie als Sicherheit für die Verbindlichkeiten des Kreditnehmers zurückzubehalten, in welchem Falle dann die Eingänge auf ein besonderes Sicherheitskonto verbucht, und dem Kreditnehmer nicht im Kontokorrentkonto gutgeschrieben werden.

§ 12.

Die „Beendigung des Kreditverhältnisses".

Der einzelne Vorschuß findet sein Ende an dem von den Kontrahenten hiefür angenommenen Termine; dann ist er entweder durch die Eingänge aus den zedierten Forderungen gedeckt oder er ist, soweit noch ausständig, zurückzuerstatten; oft vereinbaren die Parteien in letzterem Fall seine Erneuerung; der Kreditnehmer macht eine neue Einreichung in einem entsprechenden Betrag und erhält darauf einen Vorschuß, mit welchem der rückständige zur Verrechnung gelangt. Das frühere Vorschußgeschäft ist

dann erledigt; die von ihm her, beim Kreditgeber noch stehenden Forderungen werden frei. Sie können wieder, sofern sie noch geeignet erscheinen, abgetreten werden. Einfacher wird es so gehandhabt, daß die früheren Zessionen ausdrücklich auf das Erneuerungsgeschäft übernommen werden, so daß es einer Freigabe und nochmaliger Zession nicht bedarf.

Unter „Beendigung des Kreditverhältnisses" versteht man aber den Abbruch der Geschäftsbeziehungen überhaupt. Dieser erfolgt durch Abwickelung der einzelnen Vorschüsse dergestalt, daß neue nicht mehr gewährt oder begehrt werden, oder durch einmalige Rückzahlung aller Verbindlichkeiten des Kreditnehmers, oder aber dadurch, daß der Kreditnehmer sie in den hiefür vorgesehenen Fällen mit sofortiger Wirkung kündigt. Für den letzteren Ausgang pflegen die Geschäftsbestimmungen die Vorschrift zu enthalten, daß die Rechnung zu schließen und vom Kreditnehmer sofortige Bezahlung des Guthabens des Kreditgebers zu verlangen sei; einige fügen hinzu, daß die Kündigung die Rechte des Kreditgebers nicht berühre, insbesondere bleibe die Abtretung der Forderungen fortbestehen.

Dritter Abschnitt.

Rechtliche Charakteristik.

§ 13.

Zweiseitiger Vertrag.

Die Ansichten über die rechtliche Charakteristik des im zweiten Abschnitt beschriebenen Geschäftes sind geteilt.

Der Ausdruck „Diskontierung" gibt keine Lösung der Frage, denn er ist, wie oben in § 1 ausgeführt, der kaufmännischen Verkehrssprache entnommen und erfaßt mehr die wirtschaftliche als die rechtliche Bedeutung des Vorganges. Wir gehen daher zur Herstellung der Begriffsgleichung den Weg analytischer Methode.

Die Diskontierung setzt ein Übereinkommen zweier Personen, einen Vertrag voraus, der zwischen dem Kreditnehmer und dem Kreditgeber geschlossen wird. An dieser Vereinbarung ist der debitor cessus nicht beteiligt. Der Vertrag schafft auf beiden Seiten Verpflichtungen: für den Kreditgeber die Pflicht zur Hergabe von Geld, für den Kreditnehmer die Pflicht zur Zession von Forderungen. Die beiden Verpflichtungen sind einander verbunden: die Erfüllung z. B. der einen, die Hingabe von Geld, erfolgt nicht, ohne daß zuvor die Zession von Forderungen, von seiten der anderen Vertragspartei, stattgefunden hätte; umgekehrt kann die vertragsentsprechende

Abtretung von Forderungen nur mit der Maßgabe verlangt werden, daß die Gewährung der vereinbarten Geldsumme angeboten wird. Der Buchforderungsdiskontvertrag ist also ein zweiseitiger Vertrag; häufig, aber nicht wesentlich, ist er beiderseitiges Handelsgeschäft.

§ 14.

Abtretung oder Verpfändung?

Es liegt nahe, an die Verknüpfung eines pactum de mutuo dando mit einem Verpfändungsversprechen — allgemeiner: einem Sicherungsversprechen — zu denken. Die Ausführung des beiderseitigen Vertrags würde hienach den Kreditgeber zum Darlehensgeber machen, während der Kreditnehmer die empfangene Summe durch Zession von Forderungen bei dem Kreditgeber sichert. In der Tat ist diese Auffassung von namhafter Seite vertreten. Höniger* schreibt auf Seite 7: „. . . Die Bank" — soll heißen: Kreditgeber — „räumt zunächst dem Diskontnehmer einen auf Grund der Unterlagen näher bemessenen Kredit ein. Das ist juristisch Darlehen oder vielleicht auch erst Darlehensvorvertrag nach § 610." (BGB.) „. . . Zur Sicherung dieser Rückzahlungsverpflichtung zediert er" — d. h. der Diskontnehmer — „der Bank die Buchforderungen. Diskontierung von Buchforderungen ist also Sicherungszession." Höniger lehnt somit die Auffassung, daß es sich um eine Verpfändung von Buchforderungen handle, ohne weiteres und mit Recht ab.

Es wird allerdings im Verkehr auch von dem Buchforderungsdiskontgeschäft als von der Beleihung von Buchforderungen oder als der Verpfändung von Buchforderungen gesprochen. Es ist das aber eine ungenaue Redeweise, die aus der Ähnlichkeit der wirtschaftlichen Erfolge verschiedener Geschäfte hervorgeht: da die Verpfändung den Zweck haben kann, dem Verpfänder Barmittel zu erschließen, wird die Diskontierung von Buchforderungen gleichgestellt, sofern sie ebenfalls dazu dient, für den Diskontnehmer Geld flüssig zu machen. Die rechtliche Natur eines Geschäftes darf jedoch nicht aus dem wirtschaftlichen Erfolg, muß vielmehr aus dem Wirtschafts- und Rechtsvorgang abgeleitet werden. Bei der Einreichung der Forderungen ist ausdrücklich erklärt, daß sie abgetreten werden; der Willensausdruck bei diesem Hauptakt des Diskontverkehrs ist die erste Quelle der Auslegung; ihn umzudeuten, ist nur gestattet, wenn die Verkehrsübung dem an sich nicht zweifelhaften Wortlaut einen anderen Sinn unterschoben hätte,

* Die Diskontierung von Buchforderungen. Ihre Rechtsnatur und ihre Rechtswirkungen von Dr. Heinrich Höniger, Freiburg i. B., bei J. Bensheimer, Mannheim-Leipzig 1912.

oder wenn es sich darum handelte, das nichtige Abtretungsgeschäft in ein gültiges Verpfändungsgeschäft umzuwandeln. (§ 140 BGB.) Nun liegt aber in letzterer Hinsicht der Fall so, daß die Forderungsdiskontierung häufig ohne Anzeige von der Abtretung an den Drittschuldner vorgenommen wird, daher als Verpfändung unwirksam wäre, als Abtretung dagegen aufrecht erhalten werden kann, z. B. auch wenn der Konkurs des Zedenten ausbricht, ehe die Anzeige bei dem Drittschuldner erfolgt ist, denn das Gesetz verlangt zur Wirksamkeit der Forderungsverpfändung mehr als zu derjenigen der Zession. Daher könnte eher die Frage praktisch werden, ob eine wegen Unterlassung der Anzeige unwirksame Forderungsverpfändung in eine Zession umgewandelt werden soll und kann, als die Konversion einer Zession in eine Verpfändung. — In ersterer Hinsicht ist ein vom Wortlaut abweichender Sinn des Ausdrucks „Abtretung" („Zession") im Sprachgebrauch beim Diskontierungsgeschäft nicht festzustellen.

Selbst wenn sich einmal ein mangelhaft durchgesehener Diskontierungsvertrag verleiten ließe, in anderem Zusammenhang, als wo von der Forderungsabtretung unmittelbar die Rede ist, von „Forderungsbeleihung", „beliehenen Forderungen", zu sprechen, so bleibt doch der beim Übertragungsakt selbst gebrauchte Ausdruck maßgebend, um so mehr als die Form der Verpfändung in den meisten Fällen nicht beobachtet wird. Ob der Zessionswille bei der Diskontierung von Buchforderungen und der Sicherungsabtretung ernstlich ist, ist eine Frage, die später, bei den Erörterungen über das fiduziarische Geschäft und die cessio in securitatem, ihre Beantwortung findet; dabei wird sich — soviel kann man vorweg nehmen — zeigen, daß als dissimuliertes Geschäft eine Verpfändung, schon wegen des regelmäßigen Mangels einer Anzeige, nicht in Betracht kommen kann. (S. u. insbes. § 20.)

§ 15.

Die „fiduziarische Zession" in Literatur und Rechtsprechung. — Scheingeschäft.

Die Forderungszession gilt als ein abstraktes Geschäft und beim Forderungsdiskont ist die den Kreditnehmer dem Kreditgeber verbindende Verpflichtung ihre causa. Wir verwiesen oben schon darauf, daß es nahe liegt, bei der Diskontierung von Buchforderungen an ein Sicherungsversprechen des Kreditnehmers zu denken. Die Sicherung vollzöge sich nicht auf dem Wege des Pfandvertrages, des Sicherungsgeschäftes mit bestimmt umschriebenem Inhalt, sondern dadurch, daß die zur Sicherung gegebenen Forderungen den Inhaber vollkommen wechseln, wodurch der sicherzustellende,

neue dominus der Forderung eine über die Befugnisse des Pfandgläubigers hinausgehende Rechtsstellung erlangte.

Man spricht in solchen Fällen von einem fiduziarischen Geschäft. Bei den fiduziarischen Rechtsgeschäften wird (nach Regelsberger im Archiv f. civ. Prax. Band 63 S. 172) „die Herbeiführung derjenigen Rechtsfolge gewollt, worauf die äußere Erscheinung hinweist, aber in der Voraussetzung, daß derjenige, welchem dadurch eine gewisse rechtliche Macht geschaffen wird, seine Stellung nur zu bestimmten, nicht zu allen dadurch ermöglichten Zwecken ausnützen werde". Die Frage nach dem Inhalt der rechtlichen Macht, die im einzelnen Fall der Fiduziar erwirbt, und die Frage nach dem bestimmten Zweck, zu dem sie benutzt werden darf, wird für verschiedene Fälle verschieden beantwortet.

1. Regelsberger (Archiv f. civ. Prax. Band 63 S. 176) vergleicht die simulierte Zession mit dem, was er fiduziarische Zession nennt. Die simulierte Zession ist nach ihm ein Mittel, um dem Pseudozessionar Vollmacht zu erteilen, die Forderung für Rechnung des Gläubigers einzutreiben; die Absicht der Parteien sei hierbei, gewisse Hindernisse oder unliebsame Folgen zu vermeiden, welche mit der Gläubigereigenschaft des Zedenten und ihrer Geltendmachung zusammenhängen, oder auch, gewisse Vorteile aus der Gläubigereigenschaft des Zessionars zu genießen, welche Vorteile dem Zedenten nicht zur Seite stünden. Diesem Sachverhalt gibt Regelsberger eigenartige Konsequenzen: Er verpflichtet einerseits den Schuldner, an den Pseudozessionar zu zahlen — also obwohl die Zession simuliert ist —, andererseits verleiht er einer Zahlung des Schuldners an den Zedenten befreiende Wirkung, auch wenn sie nach der Benachrichtigung des Schuldners von der Zession erfolgt; er gibt ferner dem Schuldner gegenüber dem Pseudozessionar die Einrede der Aufrechnung auch dann, wenn die Entstehung der Gegenforderung in die Zeit nach der Kenntnis von der Zession fällt. Der Schuldner kann sich nach ihm jeder Verteidigung bedienen, welche gemäß der Natur des vom Kläger angezogenen Geschäftes als einer bloßen Einzugsbevollmächtigung dem Kläger gegenüber wirkt, dagegen versagt er der Einrede, die Zession sei simuliert, dem Pseudozessionar gegenüber die Wirkung, es sei denn, daß sie in Verbindung mit der Behauptung auftrete, daß die von den Parteien gewollte Vollmacht erloschen sei; im Falle der Wahrheit dieser Behauptung dürfe allerdings der Schuldner dem Pseudozessionar nicht mehr leisten.

Die Parteien können nun nach Regelsberger das von ihm beschriebene Ziel der simulierten Zession auch auf dem Weg der fiduziarischen Zession erreichen; bei ihr soll der Zessionar wirklicher

Gläubiger werden, aber es sei hierbei von beiden Parteien in Wirklichkeit doch nur gewollt, daß er seine Stellung benutze, um das Geschuldete für Rechnung des Zedenten beizutreiben. Diese fiduziarische Zession äußert ganz andere Rechtswirkungen als jene: der Schuldner kann dem Fiduziar keine aus der Person des Zedenten entnommenen Einreden entgegensetzen, welche auch gegen den für eigene Rechnung erwerbenden Zessionar unzulässig wären.

Im Falle, daß die fiduziarische Zession gewählt würde, statt der bloßen Bevollmächtigung, in der Absicht, dem Schuldner Einwendungen zu entziehen, die er ohne den Gläubigerwechsel gehabt haben würde, unterscheidet Regelsberger zwei Klassen von Einreden, einmal solche, die zu der Zeit, als der Schuldner von der Zession Kenntnis erlangte, schon entstanden waren, zweitens solche, die erst später entstanden sind, und beantwortet die Frage ebenso wie für die — wie er sie nennt — materielle Forderungsübereignung: nach seiner Ansicht können dem fiduziarischen Zessionar Einreden der zweiten Klasse nicht entgegengehalten werden; dagegen seien die Einreden der ersten Klasse dem fiduziarischen Zessionar gegenüber zulässig, jedenfalls wenn letzterer die Einwendungen gekannt habe, aber auch, wenn er sie nicht gekannt habe, da die Übertragung fiduciae causa im ausschließlichen Interesse des Zedenten erfolgt.

2. Lang (im Archiv f. civ. Prax. Bd. 83, S. 336 ff.) behandelt die fiduziarische Zession ausschließlich in ihrem Auftreten als Zession zum Inkasso und kommt zu folgendem Ergebnis: Wenn man annehme, daß bei einer solchen Zession der Zessionar wirklicher Forderungsinhaber werde, so müsse man dem Zedenten das Aussonderungsrecht im Konkurs des Zessionars versagen. Wenn man aber das Aussonderungsrecht zulasse, so müsse man den Forderungsübergang und damit die Möglichkeit solcher fiduziarischer Geschäfte überhaupt verneinen und dem Schuldner das Recht zugestehen, gegenüber dem Kläger alle Einreden vorzubringen, wie wenn der Zedent selbst geklagt hätte.

3. Wienstein, Kammergerichtsrat, (in Gruchots Beiträgen, 1902, S. 241 ff.) erklärt die fiduziarische Zession, übereinstimmend mit Stammler (Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren § 54 S. 53) als die „Überlassung des Rechts des Gläubigers zur selbständig berechtigten Einziehung"; eine genauere Begriffsbestimmung werde sich kaum aufstellen lassen, wenn die Gefahr vermieden werden solle, daß eine oder die andere Gestaltung des Verkehrs, auf welche die Bezeichnung fiducia angewendet zu werden pflege, nicht mit umfaßt werde.

4. Schöninger (im Archiv für die civ. Prax. Bd. 96) behandelt eingehend die Zession zum Inkasso. Nach ihm ist es Tatfrage, ob bei diesem Geschäft eine simulierte Zession anzunehmen und eine dissimulierte Vollmachts- oder Auftragserteilung zu unterstellen ist. Er bejaht dann aber auch das Vorkommen wirklicher Zession neben einem dahin gehenden Auftrag oder Dienstvertrag, daß der Zessionar die Forderung nur einziehen soll, und bezeichnet diesen Rechtsvorgang als fiduziarische Zession; unter diesem Begriff läßt er ferner noch die Zession zum Zweck der Sicherung einer anderen Forderung gehen. „Bei allen fiduziarischen Geschäften", sagt Schöninger, — a. a. O. S. 172 — „besteht zwischen Erwerber und Veräußerer eine obligatorische Bindung des Inhalts, daß der Erwerber nicht alle diejenigen Befugnisse ausüben dürfe, die ihm an sich . . . zuständen, sondern daß ihm bestimmte Verhaltungsmaßregeln bezüglich derselben vorgeschrieben sind. Dieses obligatorische Rechtsverhältnis wird wohl in der Regel das des Auftrags sein (§ 662 BGB.), da der Erwerber die Verpflichtung übernommen hat, mit dem Objekt in einer gewissen Weise zu verfahren und zwar im Interesse des Veräußerers." Als fiduziarische Zession zum Inkasso handelt sodann Schöninger verschiedene Fälle ab, worunter hier besonders folgender interessiert: — a. a. O. S. 175 — „Endlich ist der Fall zu erwähnen, daß die Forderung erfüllungshalber abgetreten wird, wobei der Zedent Schuldner des Zessionars ist und letzterer die abgetretene Forderung nur mit der Maßgabe an Zahlungsstatt annimmt, daß erst der tatsächlich beigetriebene Betrag als Erfüllung gelten dürfe; gegenüber der bloßen Vollmacht hat hier der Zedent den Vorteil, daß er vorerst gegen eine anderweitige Belangung seitens seines Gläubigers geschützt ist, und dieser selbst, daß er bereits ein Befriedigungsobjekt zu eigener Verfügung hat." — Die Behandlung der fiduziarischen Zession zum Inkasso in der Rechtsprechung faßt Schöninger dahin zusammen: — a. a. O. S. 178 — „Tatsächlich liegt also die Sache so, daß der fiduziarischen Zession zum Inkasso die materiellen Rechtswirkungen des Veräußerungsgeschäftes, nämlich, daß die abgetretene Forderung zum Vermögen des fiduziarischen Zessionars gehöre, genommen werden, und nur noch übrig bleibt die formelle Legitimation des Fiduziars, die Forderung in eigenem Namen auch im Prozeß gegen den Schuldner geltend zu machen." Diese Rechtsentwickelung verwirft Schöninger als theoretisch und praktisch unhaltbar; theoretisch sei sie falsch, weil ein Gegensatz zwischen materiellem und formellem Gläubigerrecht an einer Forderung dem geltenden, wie dem römischen Recht unbekannt sei, praktisch sei

sie falsch, weil sie in logischer Konsequenz zu der Behandlung der fiduziarischen Inkassogeschäfte als Vollmachtsgeschäfte führen müßte; er kommt zu dem Schluß, daß die Wirkungen der Zession zum Inkasso vollständig die des eigentlichen Scheingeschäftes seien; die Rechtsprechung dürfte nicht gestatten, daß jemand ein ihm materiell fremdes Recht in eigenem Namen geltend macht.

5. Kuhlenbeck (in den Bl. f. R.A. Bd. 70 S. 337 ff.) definiert wie folgt: „Das pactum fiduciae ist ein obligatorischer Vertrag, durch den eine obligatorische Gebundenheit des Fiduziars in der Ausübung seiner als Treuhänder zu bezeichnenden Rechtsstellung eintritt. Durch das pactum fiduciae wird, da nicht nur die vom BGB. aufgeführten Schuldverträge klagbar sind, sondern nach dem Prinzip der Vertragsfreiheit alle Verträge klagbar sind, sofern nur der Wille, sich rechtlich zu verpflichten, festgestellt werden kann und ein schutzwürdiges Interesse vorliegt, also ein Anspruch auf die fiduziarische Leistung, die auch eine Unterlassung sein kann, zweifellos begründet."

6. Müller (in Bl. f. R.A. 1907 S. 967 ff.) verneint das Bedürfnis des praktischen Lebens nach Zulassung der Inkassozession und verwirft eine Unterscheidung zwischen materieller und formeller Gläubigerschaft.

7. Enneccerus, Lehrb. des bürgerl. Rechts Band I, 2. Abt. § 303, äußert sich zur fiduziarischen Zession folgendermaßen: „Die fiduziarische Zession gibt dem Zessionar nicht nur eine formale Legitimation, sondern macht ihn zum Gläubiger an Stelle des Zedenten. Gleichwohl hat der Zedent im Konkurse des Zessionars, wenn sich die Forderung noch in dessen Vermögen befindet, ein Aussonderungsrecht, da sonst die Gläubiger auf Kosten des Fiduzianten bereichert würden. Ist die Zession zur Einziehung lediglich im Interesse des Zedenten erfolgt (also insbesondere nicht, damit sich der Zessionar aus der eingezogenen Summe befriedige,) so kann der die Zession begleitende Auftrag zur Einziehung jederzeit widerrufen werden, und, wenn das geschehen ist, die Rückübertragung der jetzt grundlos im Vermögen des Zessionars befindlichen Forderung verlangt werden. Macht der Zessionar sie gleichwohl gegen den Schuldner geltend, so verstößt er gegen Treu und Glauben, dem Schuldner steht also eine exceptio doli zu. — Denkbar ist aber auch eine Inkassozession mit der schwächeren Wirkung, daß die Forderung dem Zedenten verbleiben und der Zessionar lediglich zur Einziehung in eigenem Namen berechtigt sein soll. Es ist Tatfrage, ob diese schwächere Wirkung oder eine eigentliche fiduziarische Zession beabsichtigt ist."

8. Staudingers Kommentar z. B.G.B. Band II, Teil I in 7./8. Aufl. S. 451 sagt: „Zulässig ist auch insbesondere die Zession lediglich zum Zweck der Einziehung der Forderung; der Schuldner kann weder die Einrede der Simulation entgegensetzen noch die Klagberechtigung (Aktivlegitimation) bestreiten; wohl aber kann der Zedent diese Abtretung jederzeit widerrufen; damit fällt die Berechtigung des Zessionars zur Einziehung fort, und der Schuldner kann daraus wirksam einen Einwand gegen den Zessionar herleiten, der ihm auch durch § 409 nicht benommen wird. . . . Dagegen freilich Oertmann, der dem Zedenten bei Widerruf des den Rechtsgrund der Abtretung bildenden Auftrags nur eine condictio der Forderung ob causam finitam, also einen Anspruch auf Rückübertragung gewährt". Dann fährt der Kommentar aber, sich wohl widersprechend, fort: „Wenn die Zession zur Einziehung lediglich im Interesse des Zedenten erfolgt ist, also insbesondere nicht, damit sich der Zessionar aus der eingezogenen Summe für einen Anspruch befriedige, so kann der ihr zu Grunde liegende Auftrag (das Kausalgeschäft) jederzeit widerrufen werden (§§ 671, 675) und, wenn dies geschehen ist, die Rückübertragung der jetzt grundlos im Vermögen des Zessionars befindlichen Forderung verlangt werden (§§ 812 ff.)." Im Anfang des Abschnitts also ein „Widerruf der Abtretung", hernach Widerruf eines zu Grunde liegenden Auftrags; im Anfang ohne weiteres Hinfälligkeit der Zession, hernach eine condictio sine causa, wobei noch dunkel bleibt, warum dem Zedenten nicht der Anspruch aus § 667 BGB. — actio mandati directa — zugebilligt ist, wenn schon ein Auftragsverhältnis angenommen wird.

9. Das Reichsgericht erkennt sowohl die Zession zu Sicherungszwecken als die Zession zum Inkasso an. Hinsichtlich der letzteren ist eine größere Anzahl von Entscheidungen ergangen, deren Leitsätze Müller in Bl. f. R.A. 1907 S. 969 zusammenstellte. Es ist daraus hervorzuheben — abgekürzt —:

„a) Die Zession zum bloßen Inkasso ist gültig; nach übereinstimmendem Willen dient sie nur zur Legitimation des Zessionars dem Schuldner gegenüber, das Gläubigerrecht verbleibt im übrigen beim Übertragenden;

b) der Schuldner hat dem Zessionar gegenüber nicht die Einrede der Simulation;

c) die Wirkung der Forderungsübertragung zwischen Gläubiger und Inkassozessionar, die beiderseitigen Rechte und Pflichten bestimmen sich nach dem der Abtretung zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft,

welches in Vollmacht und Auftrag, aber auch in einem Dienstvertrag bestehen kann. Das durch Vollmacht, Auftrag oder Dienstvertrag begründete Rechtsverhältnis wird durch den hinzutretenden Abtretungsvertrag nicht geändert;

d) demgemäß kann der Abtretende Vollmacht, Auftrag, Dienstvertrag widerrufen; damit entfällt die Legitimation des Zessionars gegenüber dem Schuldner; letzterem steht die exceptio doli zu, wenn der Zessionar gegen den Willen des widerrufenden Zedenten die Forderung geltend macht;

e) im Verhältnis zwischen Inkassozessionar und Zedent bleibt die Forderung im Vermögen des letzteren;

f) der Zedent kann im Rechtsstreit zwischen Zessionar und Schuldner als Zeuge vernommen werden. Das Urteil erlangt Rechtskraft auch gegenüber dem Zedenten;

g) andererseits erkennt die oberstrichterliche Rechtsprechung an, daß beim Vorliegen eines besonderen rechtlichen Interesses der Schuldner das Auftreten eines anderen als des bisherigen Gläubigers sich nur bei einem Wechsel des materiellen Gläubigerrechtes gefallen zu lassen braucht, betont aber, daß ein geeignetes rechtliches Interesse des Schuldners die Vermeidung prozessualer Nachteile nicht sei. Jedoch kann ein Verstoß gegen die guten Sitten dann vorliegen, wenn die Zession nur vorgenommen ist, um dem Zedenten die Stelle eines Zeugen zu verschaffen."

§ 16.

Kritische Bemerkungen zu der Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft.

Die von **Regelsberger** eingeführte Definition des fiduziarischen Rechtsgeschäfts ist so wesenlos, daß unter ihr die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte subsumiert werden können. Nicht bloß bei Sicherungsübereignungen kommt die „Voraussetzung" vor, daß ein anderer die ihm verliehene rechtliche Macht nur zu bestimmten rechtlichen Zwecken ausnützen werde; sie ist z. B. bei Vollmachtserteilungen häufig; und wie oft werden Verkäufe geschlossen, mit den mannigfaltigsten Abreden über die Weiterveräußerung! — Die Definition ist auch undeutlich, indem sie als ihr Charakteristikum bezeichnet: „Die Begründung einer vollen Legitimation desjenigen, welchem das Recht übertragen worden ist, nach außen hin, während das Verhältnis der am Abschluß der fiducia beteiligten Personen, der Beurteilung nach verschiedenen Rechtsinstituten, beispielsweise dem des Auftrags, unterliegen

mag" —; darauf läßt sich eine Unterscheidung zwischen simulierten und ernstgemeinten Geschäften nicht gründen; ferner werden dabei mehrere und verschiedenartige causae in einem Geschäft vereinigt, z. B. die causa fiduciae mit der causa credendi des Mandanten, eine unmögliche Konstruktion, sofern die Stellung des Fiduziars eine gewisse Freiheit und Selbständigkeit voraussetzt, die des Mandatars aber von den Weisungen des Mandanten abhängig ist.

Schon Regelsberger selbst gerät in die Verlegenheit, daß er ernsthafte und simulierte Geschäfte mit seiner Definition nicht auseinanderhalten kann: Nach seinen Ausführungen (a. a. O.) dient die Zession oft als Deckmantel für eine Vollmacht; sie sei in diesem Fall zwar simuliert, der Schuldner aber trotzdem verpflichtet, an den Pseudozessionar zu zahlen, weil es keinen Grund zur Abweisung der Klage bilde, daß der Kläger sich als bloßer Bevollmächtigter des wirklichen Forderungsinhabers „entpuppe". —

Regelsberger gibt diesem Scheinrechtsnachfolger gegenüber nur solchen Einwendungen Erfolg, welche die Schuld selbst betreffen, oder dem Schuldner gegen den Zedenten zustehen, einem Bestreiten der Sachlegitimation aber nur dann, wenn sie sich mit Grund auf die Behauptung stützen kann, daß die Vollmacht erloschen sei. Dieses, nach Regelsberger, simulierte Geschäft ist aber, entsprechend seiner Lehre, zweifellos gleichzeitig ein fiduziarisches.

Auch Schöninger (a. a. O. S. 141), der speziell die Inkassozession als „fiduziarisches" Geschäft untersucht, sagt: „Wenn daher bei der Zession zum Inkasso der Zessionar nicht mehr materieller Inhaber der Forderung ist, so ist er überhaupt kein Zessionar mehr, sondern etwas ganz anderes. Die Wirkungen sind vollständig dieselben, wie beim eigentlichen Scheingeschäft."

Regelsberger stützt die Klage des Pseudozessionars mit der Annahme eines dissimulierten Vollmachtsgeschäftes; er verstößt damit gegen das Prozeßrecht (vergl. § 268 Z.P.O. und die zugehörigen Bemerkungen von Gaupp-Stein, 5. Aufl. I, A, Ziff. 1). Auch materiellrechtlich ist die Annahme nicht haltbar, weil die Kontrahenten nicht wollen, daß die Rechtswirkungen der Vollmacht eintreten, die eine Tätigkeit des Bevollmächtigten in eigenem Namen ausschließen müßten. Der Tatbestand des verdeckten Geschäftes kann nicht im kontradiktorischen Gegensatz zu demjenigen des simulierten stehen.

Eine simulierte Zession macht den Zessionar nicht zum Gläubiger, und wenn der Schuldner der betreffenden Forderung die Simulation mit Grund geltend machen kann, so führt dies zur Klagabweisung, ohne daß es noch anderer Einwendungen bedarf.

Umgekehrt: Wer bei der Zession zum Inkasso dem Zessionar Anspruchs- und Klagrecht in eigenem Namen gewährt, muß eine ernsthaft gewollte Zession annehmen, mindestens die Begründung einer Mitgläubigerschaft. Die Rechtsprechung definiert die Inkassozession als Zession auf Grund Auftrags oder Dienstvertrags, womit sie eine ungezwungene Lösung der tatsächlichen und rechtlichen Konstruktion dieser Geschäftsverbindung herbeiführt. Die Einreihung dieser Geschäfte unter die fiduziarischen ist damit abgelehnt.

Unbegründet scheint das Bedenken zu sein, ob man jemand gleichzeitig zum Inhaber einer Forderung und zum Mandatar machen könne, einen Einwand, den Leist — Leist, Die Sicherung von Forderungen durch Übereignung von Mobilien, Jena 1889 — gegen eine Verbindung des Mandats mit der Übertragung des Eigentums erhebt. Daß der Auftraggeber dem Beauftragten zur Ausführung des Mandats Sachen ausfolgt, liegt innerhalb des Tatbestandes des speziellen Auftragsgeschäftes, auch und gerade dann, wenn die Auftragserfüllung ihre Eigentumsübertragung erfordert; dasselbe gilt für die Verbindung von Mandat und Zession.

Wenn die Inkassozession häufig erfolgt, weil die Einziehung der Forderung durch den Zessionar gewisse Vorteile bietet, oder gewisse in der Person des Zedenten liegende Nachteile vermeidet, so liegt in solchen Umständen ein begreiflicher Beweggrund zur Erteilung des Auftrags, der sich mit der Zession verbindet. Der Beweggrund bekräftigt aber zunächst die Ernsthaftigkeit des Geschäfts; er kann allerdings das Geschäft zu einem Verstoß gegen die guten Sitten stempeln; dieser Nichtigkeitsgrund ist vom Reichsgericht in einem Falle bejaht worden, wo die Inkassozession ausschließlich den Zweck hatte, den Zedenten zum Zeugnis zu bringen.

Die Inkassozession kann, wie gesagt, zu dem Zweck vorgenommen sein, daß Einwendungen des Drittschuldners, die dem Zedenten, nicht aber dem Zessionar drohen, vermieden werden, z. B. will ein Ausländer der Anwendung des § 110 Z.P.O. entgehen. Kann in diesem Fall der Schuldner einwenden, er habe an den Zedenten bezahlt, auch wenn die Zahlung nach Erlangung der Kenntnis von der Abtretung erfolgt ist? — Regelsberger sagt, daß dieser Einwendung bei der „fiduziarischen" Zession der Erfolg versagt sei, nicht dagegen bei der „simulierten". Die Abtretung im gedachten Fall sei aber eine simulierte, daher die Einwendung von Erfolg. Zunächst ist nicht erfindlich, warum die Zession, die zu dem besagten Zweck stattfindet, notwendig eine simulierte, und nicht eine im Regelsbergerschen Sinne fiduziarische sein soll. Sodann ist es möglich, daß eine Zession simuliert und ein, im üblichen Sinne fiduziarisches, gültiges Rechtsgeschäft dissimuliert wird. Gerade in dem vorher besprochenen Fall der Zession

eines Ausländers, ist es wohl denkbar, daß die Kontrahenten scheinbar den Weg einer Zession wählen, in Wirklichkeit aber eine Mitgläubigerschaft der Art begründen wollen, daß der ausländische Forderungsberechtigte Gläubiger bleibt, der Inländer Mitgläubiger mit dem Auftrag wird, die Forderung einzuziehen und das Erhaltene abzuliefern. Die Zession wäre in diesem Fall das simulierte, die Begründung der Mitgläubigerschaft das dissimulierte, das gültige, im Sinne Regelsbergers fiduziarische Geschäft. Und doch würde eine Zahlung des Schuldners an den ausländischen Forderungsinhaber den Einwand, daß die Schuld erloschen sei, gegenüber dem inländischen Forderungsinhaber begründen. Dieser Sachverhalt mag Regelsberger vorschweben, wenn er davon spricht, daß bei der simulierten Zession der „Zessionar“ zwar das Recht habe, die Forderung geltend zu machen, daß aber der Schuldner befugt bleibe, an den „Zedenten“ zu zahlen.

Mit Recht stellt Schöninger a. a. O. fest, daß mit dem üblichen Begriff der fiduziarischen Zession nicht erklärbar sei, warum durch den Widerruf des Inkassomandats die Berechtigung des Zessionars zum Einzug der Forderung entfalle, und warum im Konkurs des Inkassozessionars die zedierte Forderung der Konkursmasse entzogen werde. Die zur ersten dieser zwei Fragen ergangene Entscheidung des Reichsgerichts in Band 53 Nr. 104, operiert auch nicht mit der fiducia, sondern erklärt das einer Inkassozession zugrund liegende Geschäft für Auftrag, Dienstvertrag oder Vollmacht. Der Tatbestand der Vollmachtserteilung erscheint aber in Verbindung mit einer Zession begrifflich ausgeschlossen, wogegen die beiden erstangeführten Geschäfte allerdings als Kausalgeschäfte einer Zession gedacht werden können. Der Widerruf des Kausalgeschäfts beendigt aber ohne weiteres die Gläubigerschaft des Zessionars nicht, und es bleibt in dem angeführten Urteil des Reichsgerichts eine offene Frage, warum der Schuldner die Leistung gegen den Zessionar soll verweigern können, da doch nach seinen eigenen Ausführungen mit dem Widerruf nur „die Berechtigung des Zessionars zur Einziehung der Forderung dem Zedenten gegenüber“ fortfällt. Die Entscheidung kommt nach dem Rechtsgefühl zum wünschenswerten Ziel, ohne eine Begründung zu geben. Diese muß in dem betreffenden Fall der Spruchsammlung darin gefunden werden, daß die Zession nicht ernstlich gewollt war und nur eine Mitgläubigerschaft verbarg; deshalb wirkte der vom „Zedenten“ ausgesprochene Erlaß — s. S. 419 a. a. O. — auch gegen den „Zessionar“.

Dagegen ist bei der Erörterung der zweiten Frage häufig von der „fiducia“, vom Gemeinschuldner als „Fiduziar“, „Treuhänder“, von dem betreffenden Vermögensobjekt als „Treugut“ — die Rede. Die Entwickelung der Judikatur stützt sich auf die von Jäger, Komm. zur K.O., zu § 43

Anm. 40 (3. und 4. Aufl.) erwähnte Stelle des Protokolls der Reichstags-kommission: „Durch § 35 (jetzt § 43) soll nicht ausgeschlossen sein die Zurückforderung von Wechseln und anderen durch Indossament übertragbaren Urkunden aus der Konkursmasse, sofern sie dem Gemeinschuldner nur behufs der Einziehung oder mit der Bestimmung übergeben worden sind, daß sie nur zur Sicherung des Gemeinschuldners dienen sollen, obwohl das Indossament, den Zusatz „zur Einziehung", „zur Sicherung", oder eine ähnliche beschränkende Klausel nicht enthält. Hieraus hat sich allgemein der Satz entwickelt, daß die formal-juristische Zugehörigkeit des Treuguts zum Vermögen des Treuhänders im Bereich des § 43 K.O. hinter der materiell-wirtschaftlichen Zugehörigkeit des Gutes zum Vermögen des Treugebers zurücktreten müsse." So Jäger a. a. O. Man wird zugeben müssen, daß hierin entweder ein Verzicht auf eine juristische Begründung liegt, oder eine Rechtsentwickelung durch die Gerichtspraxis, die sich bewußt in Gegensatz zu dem geschriebenen Recht stellt. Eine zutreffende Begründung ergibt sich, wenn man den Parteierklärungen unterstellt, daß bei der bloßen Inkassozession keine völlige Abtretung, sondern nur die Entstehung einer Mitgläubigerschaft wirklich gewollt ist, und daß dahingehende Willensübereinstimmung herrscht. Denn in diesem Fall ist ein Gemeinschaftsverhältnis geschaffen, dessen Auseinandersetzung außerhalb des Konkursverfahrens zu erfolgen hat.

Die unglückliche Unterscheidung eines formellen und materiellen Gläubigerrechts, die wir in der Lehre vom fiduziarischen Rechtsgeschäft finden, ist also zu verwerfen. Es liegt darin die Gegenüberstellung eines Rechtsbegriffes und einer wirtschaftlichen Vorstellung, d. h. inkommensurabler Größen, die wertlos ist und verwirrend wirkt.

§ 17.

Die Fiducia.

Der Begriff des fiduziarischen Rechtsgeschäftes in seiner modernen Prägung gibt also einen einheitlichen und bestimmten Geschäftstypus nicht. Darum gelingt es auch nicht, mit Hilfe von Konsequenz und Analogie aus ihm die Beantwortung der einzelnen Fragen abzuleiten, die in bezug auf die Rechtswirkungen der als fiduziarisch bezeichneten Geschäfte entstehen. Das haben die zuvor erörterten Beispiele gelehrt und die Erkenntnis wiederholt sich, wenn man die Probe beim Buchforderungsdiskont macht.

Nur wenige Fragen seien hier angeführt: Wie ist die rechtliche Stellung des Kreditgebers zu den abgetretenen Forderungen? — Ist er als Zessionar unbeschränkter Inhaber der Forderung mit allen Befugnissen eines solchen, insbesondere den zur Einziehung und zur Veräußerung, oder ist er nur zur

Einziehung legitimiert, als Inhaber eines sogenannten formellen Forderungsrechtes? -- Kann der Schuldner auch nach der Erlangung der Kenntnis von der Abtretung an den Zedenten bezahlen? -- Welche Befugnisse hat der Kreditgeber an den ihm aus den zedierten Forderungen zugegangenen Zahlungen der Drittschuldner? — Was ist das Schicksal der zedierten Forderungen im Konkurs des Kreditnehmers und in dem des Kreditgebers? —

Es ist daher zu untersuchen, ob die Institution der fiducia im römischen Recht brauchbare Grundsätze für die Behandlung von ähnlichen Erscheinungen des modernen Rechtslebens liefern kann. Dabei sehen wir ab von den Fällen, denen der Charakter der fiducia im technischen Sinn bestritten wird, sowie von den Fällen der familienrechtlichen fiducia, endlich von der noxae deditio und der fiducia cum amico, und beschränken uns auf die fiducia cum creditore, die allein für unsere Aufgabe von Interesse, übrigens auch die wichtigste Erscheinungsform der fiducia im römischen Rechte darstellt. Die Wurzeln der Institution führen in die Zeit einfachen Wirtschaftslebens und eines Rechtsverkehrs, dem nur wenige, bestimmte und starre Formen zur Verfügung standen. Auch nachdem die Periode des unmittelbaren Gütertausches überwunden, und das Geld in Aufnahme gekommen war, wickelte sich das Geschäftsleben in der einfachen Weise ab, daß der eine sich seiner Erzeugnisse entledigte, um mit den Einnahmen daraus seine Bedürfnisse zu decken, der andere sich Waren zu seinem Gebrauch und Verbrauch verschaffte. Die Sachen wurden auf fest und nach Bedarf abgegeben. In fortgeschritteneren wirtschaftlichen Verhältnissen stellten sich häufiger Fälle ein, in denen jemand Sachen besaß, die er nur ungerne entbehren mochte, — oder Sachen im Überfluß besaß, für die ein Abnehmer zu gewünschten Bedingungen nicht zu finden war; und doch sollten Einnahmen geschaffen werden. Andere rechtliche Formen als die der gänzlichen Veräußerung waren nicht benutzbar, und so blieb nichts anderes übrig, als das Widerstreben gegen eine Veräußerung und den Erwerb der Sache zu überwinden und feierlich den Rechtsübergang zu vollziehen, damit auf Grund desselben vom Rechtsempfänger Geld oder, was sonst nötig war, für den Veräußerer flüssig gemacht werde. Da aber der Beweggrund des Veräußerungsgeschäftes nicht der war, die Sache endgültig abzugeben, oder auf der Seite des Erwerbers nicht der, die Sache, wie sonst eine gekaufte, gebrauchen, verbrauchen oder weiterveräußern zu können, so wurde die Festsetzung des Preises nicht bestimmt durch den Wert der Sache für den einen und den anderen, also insbesondere auch nicht durch die Absicht des Verkäufers oder des Käufers, einen Gewinn zu erzielen. Der Preis war Nebensache und Formsache. Die Hauptgegenleistung des anderen Teils war die Kreditierung. Die auf Grund der Veräußerung geschaffene Sachlage

drängte nach einer Auflösung, sie trug von Anfang an den Charakter eines befristeten Zustandes. Der Erwerber sollte die Sache wieder zurückgeben, der Veräußerer sollte sie wieder annehmen, sobald der Grund des Geschäfts, die Kreditierung, weggefallen war; diesem Ausgang des Geschäfts mußte auch das Verhalten des Gläubigers zur empfangenen Sache entsprechen. Wenn auch dinglich unbeschränkt Eigentümer, war er zu einer Veräußerung der fiduzierten Sache obligatorisch erst dann berechtigt, wenn der Schuldner seinen Verpflichtungen nicht nachkam — richtiger Ansicht nach wohl ohne besonderes pactum de vendendo. — An Stelle des Verkaufs konnte, infolge einer vereinbarten lex commissoria, der Verfall der fiduzierten Sache treten, wodurch die Forderung des Fiduziars gegen den Fiduzianten konsumiert wurde.

All das war im pactum fiduciae cum creditore zur richterlichen Anerkennung gebracht. — Vergl. Oertmann, Die fiducia im Röm. Privatrecht; Berlin 1890. —

Im Erfolg also kam dieses Institut auf die Wirkungen des Pfandrechtes hinaus, und es schien vielleicht entbehrlich, als das Pfandrecht späterer Zeit, das durch Ungebundenheit ausgezeichnet war — siehe Dernburg, Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechtes, Leipzig 1860, S. 177 ff. — sich ausgebildet hatte. Jedenfalls ist es, nachdem die Partikularrechte der Entstehung des Pfandrechtes allerlei Schranken gesetzt hatten, insbesondere den unmittelbaren Pfandbesitz des Pfandgläubigers forderten, wieder erstanden, weil es nicht nur dem Gläubiger eine freiere Stellung gewährte, sondern auch die Möglichkeit gab, daß der Gläubiger dem Schuldner, was bei dem Pfandrecht an beweglichen Sachen unmöglich oder erschwert war und ist, einen Gebrauch der Sache einräumte. Und das ist wirtschaftlich notwendig und zweckmäßig, während die starre Forderung eines unmittelbaren Pfandbesitzers für den Schuldner in vielen Fällen äußerst schädlich wirkt.

Im gemeinen Recht und heute ist die Notwendigkeit und Möglichkeit einer feierlichen mancipatio (sestertio nummo uno) weggefallen, um das Eigentum an einer Sache zu übertragen. Das Wesen des fiduziarischen Geschäfts aber ist dasselbe geblieben, wie es in Isidori Orig. V. 25 § 23 geschildert ist: „Fiducia est, quum res aliqua sumendae mutuae pecuniae gratia vel mancipatur vel in jure ceditur“. Es wird kein formeller Verkauf der fiduzierten Sache mehr abgeschlossen, ihr Eigentum wird durch abstrakte Eigentumsübertragung dem Fiduziar übergeben „sumendae mutuae pecuniae gratia“. Der Fiduziar hat die Verpflichtung zur Rückgabe, er hat ferner nach wohl allgemeiner Annahme, die Befugnis, eine Beendigung des Verhältnisses durch eine dem Pfandverkauf ähnliche Ver-

wertung und durch Verrechnung des Erlöses herbeizuführen. Der Uranfang des Geschäftes und sein heutiger Kern ist Veräußerung; die formelle Gegenleistung in früherer Zeit sestertius nummus unus, die wirkliche, materielle Gegenleistung aber schon damals, wie heute, die Kreditierung eines Geldbetrages von seiten des Fiduziars.

Das fiduziarische Rechtsgeschäft ist daher grundsätzlich ein Umsatzgeschäft, und nach den Regeln der typischen Umsatzgeschäfte zu gestalten; insoweit als seine Besonderheit dies zuläßt; die wesensverschiedene Besonderheit besteht darin, daß das fiduziarische Geschäft nicht ein Umsatzgeschäft auf fest und nach Bedarf oder Gewinn ist, sondern seiner Auflösung durch Rückübereignung oder durch eine Art Pfandverkauf der fiducia und Verwendung des Erlöses zur Schuldtilgung entgegengeht. Der Eigentumserwerber will die Sache nicht zum Gebrauch im eigenen Interesse, nicht zum Verbrauch erlangen, und sucht seinen Vorteil auch nicht in der Weiterveräußerung; er erwirbt nicht zum Gewinn und nicht nach Bedarf und nicht auf fest. Das fiduziarische Geschäft ist ein Umsatzgeschäft auf Frist und Abrechnung.

§ 18.

Die fiduziarische Veräußerung von Forderungen.

Die fiducia des römischen Rechts betraf ausschließlich die Veräußerung von res mancipi, die fiduziarische Verwertung von Forderungen kam auch nicht in Frage, weil die obligatio ursprünglich kein Gegenstand des Rechtsverkehrs war. Nachdem aber die Forderungsrechte im allgemeinen als verkehrsfähige Vermögenswerte, als res incorporales, anerkannt sind, besteht kein Hindernis, im Wege der Analogie die fiduziarische Veräußerung bei Forderungen zuzulassen. Sie vollzieht sich durch Abtretung der Forderung, d. h. durch Übertragung sämtlicher in dem Forderungsrecht umschlossenen Befugnisse; analog dem Erwerb des Eigentums an der fiduziarischen Sache soll der Zessionar Alleinforderungsberechtigter werden, woraus folgt, daß die Begründung einer bloßen Mitgläubigerschaft dem Erfordernis einer fiduziarischen Veräußerung nicht entspricht. Bähr, in Jherings Jahrb. Bd. 1 S. 351 ff. bedauert, daß wir nicht von einem Eigentum an Forderungen sprechen dürfen; wir könnten dann die fiduziarische Zession als Veräußerung des Eigentums an der Forderung auf Frist und Abrechnung bezeichnen. Nachdem das Bürgerliche Gesetzbuch die Anwendung des Eigentumsbegriffes auf das absolute Herrschaftsrecht über körperliche Gegenstände beschränkt hat, ist der Vorschlag der Erörterung wert, die Vereinigung der in einem Forderungsrecht umschlossenen Befugnisse als Eignerschaft, das Rechtssubjekt als Forderungseigner zu bezeichnen.

Die Eignerschaft an einer Forderung gibt das Recht auf die Leistung des Schuldners und zwar, ohne daß eine Kundgebung nach außen, die sich natürlich an den Schuldner richten müßte, eine denuntiatio, Anzeige von der Abtretung, stattgefunden hätte. Die Eignerschaft besteht, auch solange der Zessionar dem Schuldner nicht als Forderungsberechtigter gegenübertritt und Leistung begehrt. Wenn bei der fiduziarischen Veräußerung nichts über die Ausübung der Eignerschaft gesagt ist, so ergibt doch wohl die Sorgfaltspflicht des Fiduziars, daß er zur Zeit der Fälligkeit vom Schuldner Leistung an sich verlangt. Das Begehren der fälligen Leistung ist keine Verfügung über die Forderung, sowenig es eine Verfügung des Eigentümers ist, wenn er seine Sache mit der rei vindicatio zurückfordert. Dagegen bedeutet die Annahme der Leistung als Erfüllung eine Verfügung im Sinne der Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ist nun der fiduziarische Zessionar zur Annahme der Leistung als Erfüllung berechtigt in Anbetracht des Umstandes, daß er bei der fiduziarischen Übereignung einer Sache, während sich die Abwickelung in der Schwebe befindet, eine ihre Rückgabe ausschließende Verfügung nicht treffen soll? — Tritt dieses Recht nicht erst dann ein, wenn der Zedent seine Verpflichtungen nicht erfüllt, und auch hierwegen der Zessionar die Befugnis erhält, die fiduziarisch erworbene Forderung zu verwerten, d. h. sie einzuziehen oder zu verkaufen? Die fiduziarische Abtretung ist ein Umsatzgeschäft, wenn auch eines auf Frist und Abrechnung; mit der Eignerschaft der Forderung wird das Recht auf die Leistung des Schuldners übertragen, die Befugnis zur Annahme derselben als Erfüllung. Es wird also mit der Veräußerung der Forderung notwendig das Recht zur Verfügung über sie, soweit sie in der Annahme der Leistung zur Erfüllung besteht, mitübertragen. Die Befugnis zur Annahme der Leistung ist begrifflich in der Forderungsveräußerung enthalten; also kann sich die Analogie der fiduziarischen Sachveräußerung auf die fiduziarische Forderungsveräußerung insoweit nicht erstrecken, als eine Verfügung in Frage kommt, die der wesentlichste Bestandteil der Eignerschaft selbst ist, die sich also notwendig aus der Übertragung ergibt, und nicht erst Folge eines freien Entschlusses auf der Grundlage der übertragenen Rechtsmacht sein kann. Die Befugnis zur Annahme der Leistung als Erfüllung kann auch deswegen nicht ausgeschlossen werden, weil es ein Recht des Schuldners ist, dem ihm bekannt gegebenen Gläubiger gegenüber zu leisten, ein Recht, das durch keine Vereinbarung zwischen Zedent und Zessionar ausgeschlossen werden kann, es sei denn durch die, daß der Zedent als Inkassobevollmächtigter des Zessionars handeln soll, was aber in der Person des Verfügungsberechtigten und Leistungsempfängers keine Veränderung hervorruft.

Zur fiduziarischen Veräußerung ist an sich wohl jede übertragbare Forderung geeignet, wenn auch in der Praxis vornehmlich solche Forderungen in Betracht kommen werden, die auf die Eigentumsverschaffung an einer im Verkehr gehandelten Sache gerichtet sind. Dem Parteiwillen entspricht es zweifellos, daß der Fiduziar, von der Annahme der Leistung an, die ihm vom debitor cessus zu Eigentum übertragene Sache wie eine fiduziarisch übereignete haben soll. Es besteht kein Grund, diesem Parteiwillen Rechtswirkung zu versagen. Wenn die fiduziarisch zedierte Forderung auf Leistung von Geld gerichtet, und die Schuld des Fiduzianten eine Darlehensschuld ist, — letzteres ja der typische Fall der fiducia — so ist hinsichtlich der rechtlichen Lage der vom Fiduziar erlangten Geldsumme wohl meist eine abweichende Willensmeinung der Parteien anzunehmen, insofern vom Fiduziar selten eine Aufbewahrungspflicht der empfangenen Geldstücke gefordert, ihm gewöhnlich ein Verbrauch, eine Verwendung, schon im eigenen Interesse des Fiduzianten, gestattet sein wird. Hier vollzieht sich eine Erscheinung, die dem depositum irregulare ähnlich ist, und die man in Übertragung dieser Ausdrucksweise als fiducia irregularis wird bezeichnen dürfen. Tritt sie bei einem Forderungsrecht ein, so muß der Fiduziar bei der Abrechnung den von ihm vereinnahmten und veräußerten Geldbetrag zu Gunsten des Fiduzianten, mit valuta auf den Verwendungstag, einstellen.

In der Praxis der römischen fiducia war es gewöhnlich, daß der Fiduziar die übereignete Sache, z. B. das übereignete Grundstück, dem Fiduzianten precario wieder überließ, nicht allein, damit der Fiduziant imstande war, es zu bewirtschaften, um seine Zinsen zu zahlen, sondern auch, weil es dem Fiduziar eine unerwünschte Last gewesen wäre, für die custodia und die Besorgung des Grund und Bodens einzustehen. Bei der fiduziarischen Forderungsübereignung zeigen sich ähnliche Rücksichten, die die Parteien bestimmen, von einer Abtretungsanzeige, wenigstens zunächst einmal, Abstand zu nehmen: die Anforderung der debitores cessi verursacht Mühe und zeitigt, wenn zahlungsunlustige Elemente beteiligt sind, Widerwart aller Art; der Fiduziant hat ein Interesse am eigenen Einzug, wenn es ihm darum zu tun ist, mit seinen Schuldnern in Fühlung zu bleiben, sie individuell zu behandeln, gelegentlich einer Zahlungsanforderung neue Geschäfte einzuleiten u. dergl.; solches Interesse wird namentlich häufig sein bei den fiduziarischen Zessionen eines Kaufmanns, der mit festem Kundenkreis arbeitet.

Die Fragen nach der Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Zedent, Zessionar und debitor cessus führen in die Erörterung über die Rechtswirkungen der fiduziarischen Zession im Einzelnen und sind im Besonderen Teil abgehandelt.

§ 19.

Die Diskontierung von Buchforderungen als fiduziarisches Geschäft.

Der Kreditnehmer hat Überfluß an offenen Forderungen. Ihre Verwertung im Wege des Verkaufs stößt auf die Schwierigkeit, angemessene Preise zu erzielen; das Geschäft würde für den Veräußerer zu große Rabattsätze bedingen. Der Verkauf hätte auch insofern Unzuträglichkeiten im Gefolge, als der Käufer in der Regel zwischen den früheren Gläubiger und seine Schuldner tritt, was der Inhaber von Forderungen unter den vorhin erörterten Umständen nach Möglichkeit zu vermeiden trachtet, — Umstände, die gerade bei den die Forderungsdiskontierung pflegenden Kreisen der Kaufmannschaft und des Gewerbes in der Regel vorliegen; die gebührende Rücksicht gegen die debitores cessi würde beim Forderungsverkauf umso eher zu vermissen sein, als der Käufer ein berechtigtes Interesse an der schleunigen Beitreibung der schuldnerischen Leistungen hätte.

Die Verwertung der Buchforderungen durch Verpfändung hat aus dem gleichen Grunde, nämlich wegen der Störung der Beziehungen zwischen Gläubiger und Schuldner, keine Aussicht, regelmäßige Geschäftsübung zu werden.

Bleibt, wo die Wechselziehung nicht beliebt wird, nur die fiduziarische Veräußerung zum Zweck der Erlangung von Geldmitteln, also der Umsatz der Buchforderungen auf Frist und Abrechnung, d. h. auf Abrechnung mit der vom Kreditgeber gewährten Gegenleistung. Die Gegenleistung des Kreditgebers besteht bei der Diskontierung von Buchforderungen in der Gewährung eines Geldbetrages an den Kreditnehmer. Gemäß dem Wesen des Geschäftes, sein Ende in bestimmter Zeit und im Wege der Abrechnung zu finden, ist die Geldgewährung keine definitive, wie beim Kauf, sondern eine zur Rückgabe verpflichtende, somit grundsätzlich als Darlehen zu beurteilende Kreditierung.

Die Höhe des Darlehens wird nicht bestimmt durch einen von den Parteien angenommenen Wert der Forderungen, weil kein Umsatzgeschäft auf fest und Gewinn geschlossen ist, sondern durch die Rücksicht auf den Zweck der Abrechnung, bei ihr dem Kreditgeber die Möglichkeit zur Entnahme seines Guthabens aus dem Ergebnis der Verwertung der diskontierten Forderungen zu sichern. Die Höhe des Darlehens wird also regelmäßig niedriger sein, als es ein Verkaufspreis der Forderungen sein würde, weil der Käufer doch gewöhnlich ein Risiko tragen soll, während es bei der fiduziarischen Übereignung für den Fiduziar nach Möglichkeit ausgeschlossen werden will, denn der vom Kreditgeber erhoffte Gewinn liegt nicht in einem spekulativen Forderungserwerb, sondern in den auf die Geldgewährung geschlagenen Zins- und Spesensätzen.

Für die Diskontierung von Buchforderungen ist der Charakter eines Umsatzes auf Frist und Abrechnung typisch. Der Geldbetrag wird dem Kreditnehmer entweder bis zur Fälligkeit der diskontierten Buchforderung, und zwar regelmäßig bis auf einen kurz nach dieser Fälligkeit gelegenen Termin, um eine gewisse Spannung zu lassen — oder auf eine bestimmte Zeitfrist, gebräuchlicherweise 3 Monate, gewährt. Letzterenfalls sollen — wenigstens ist dies der leitende Gedanke — die diskontierten Buchforderungen, innerhalb der Frist eingehen. Der Charakter des Geschäfts verändert sich aber keineswegs, wenn die Laufzeit der Buchforderungen länger ist als die Darlehensfrist; im Gegenteil ist die Betonung seines fiduziarischen Wesensnoch offenbarer.

Die beim Vertragsschluß vorgesehene Frist für die Abwickelung eines Diskontierungsgeschäftes kann sich im Verlauf der Geschäftsbeziehung ändern; es ist dem Kreditgeber in bestimmten Fällen das Recht gegeben, die vorgestreckten Geldsummen zurückzufordern und das Verhältnis seiner Lösung entgegenzuführen.

Die bei den genossenschaftlichen Diskontinstituten verbreitete Geschäftspraxis, sich das Akzept des Kreditnehmers über den zu gewährenden Kreditbetrag geben zu lassen, schafft kein wesenswichtiges neues Element. Die Annahme der Wechselverpflichtung geschieht im Hinblick auf die durch den Geldvorschuß entstehende realkontraktliche Verbindlichkeit, im besonderen zur strikten Bindung der Rückzahlung an einen bestimmten Tag, an dem die gegenseitige Abrechnung zu erfolgen hat, und auch zu dem Zweck, daß die Verbindlichkeiten der Kreditnehmer weiterbegeben werden können. Die Ausschreibung eines solchen Wechsels ist keine Novation, sie erfolgt zahlungshalber; sie soll dem Kreditgeber nicht das Recht vorzeitiger Rückforderung der vorgestreckten Geldsumme nehmen, wenn die vertragsmäßigen Gründe hiefür vorhanden sind. — Ebensowenig ändert an dem Wesen des Geschäfts die seltener vorkommende Befugnis des Kreditnehmers, auf den Kreditgeber in Höhe der Kreditsumme einen Wechsel auf bestimmte Frist ziehen zu dürfen, den ihm dann der Kreditgeber zwecks Verwertung zur Verfügung stellt. In diesem Fall geht die Meinung der Parteien dahin, daß der Kreditgeber im Auftrag des Kreditnehmers die Akzeptverpflichtung übernimmt, wodurch der Kreditnehmer zur Zahlung des Wechselbetrags an jenen, unter gewissen Umständen zur vorschußweisen Erstattung, verpflichtet wird.

§ 20.

Fiducia und cessio in securitatem.

Oertmann (a. a. O.) bestreitet der fiducia des römischen Rechts einen individuellen Charakter. Daran ist richtig, daß die Fiduziarklausel in der

nuncupatio eine Formel ohne Inhalt war. Jedoch bekam das Geschäft seine besondere Prägung durch die begleitende Abrede, und wurde zur fiducia cum creditore, oder zur fiducia cum amico. Es mag dahingestellt bleiben, ob die fiducia die Mutter des depositum, commodatum, mandatum war; es ist wenig wahrscheinlich, daß sie in ihrer Feierlichkeit stets die Magd für so einfache Geschäfte des täglichen Lebens sein mußte; natürlicher ist die Annahme, daß man sich nur in wichtigen Fällen der fiducia cum amico bediente, wenn nämlich eine besondere Stärkung der rechtlichen Stellung des Geschäftsfreundes gewünscht wurde. („ . . . . . fiducia contrahitur . . . cum amico, quo tutius nostrae res apud eum sint . . . . . “) Zweifellos ist in der Oertmannschen Untersuchung dargetan, daß als „caput et fundamentum“ des Fiduziargeschäfts die volle Veräußerung der Sache betrachtet werden muß. Daher geht es nicht an, die fiducia cum creditore als eine Art Pfandrecht zu betrachten: die fiducia hat nicht in erster Linie den Zweck der Sicherung und der Befriedigung des Gläubigers aus der fiduziarisch übereigneten Sache; ihr Ursprung und ihr Wesen ist der Umsatz, die Entäußerung. Die fiduziarische Übereignung ist nicht akzessorisch, nicht appendix eines Hauptgeschäftes, sondern Bestandteil, Begriffsmerkmal des Hauptgeschäftes, d. i. des Veräußerungsgeschäftes selbst. Dieser Wesenszug der fiducia kann sich auch in Geschäften des heutigen Verkehrs wiederfinden, alle Schicksale des technisch-römisch-rechtlichen Instituts überdauernd, dem Justinian den Tod des Verschweigens zugedacht hat. Im Gegensatz zu Oertmann, in übertragenem Sinn allerdings, kann man sagen: „Die fiducia ging, und immer kehrt sie wieder.“ Freier als der Pfandgläubiger ist der Fiduziar; er ist auch mehr als jener, denn seinem Vermögenskreis wird ein Wert anvertraut, der schließlich nicht in ihm aufgehen soll. Der fiduziarisch übereignete Gegenstand teilt die rechtlichen Schicksale des Vermögens des F i d u z i a r s, er ist bei diesem pfändbar, er fällt in seine Konkursmasse. Die fiducia kann und will daher auch nur da gedeihen, wo nach der Auffassung der Parteien der F i d u z i a r in persönlicher und finanzieller Hinsicht ein weitgehendes Vertrauen beanspruchen darf. Dieses Moment wird bei der Feststellung, ob ein fiduziarisches Geschäft in dem hier entwickelten Sinn vorliegt, eine ebenso wichtige Rolle spielen, wie die Auffassung der Parteien von der Gegenseitigkeit und rechtlichen — nicht wirtschaftlichen — Gleichwertigkeit der Leistungen.

Unter der Flagge der fiducia führt sich nun aber auch eine Institution ein, die äußerlich täuschende Ähnlichkeit mit ihr aufweist: Die Sicherungsübereignung und die Sicherungsübertragung von Rechten. Die cessio in securitatem, deren Vorkommen im BGB. § 223, Abs. 2 bescheinigt wird, läßt auch von sich lehren, daß sie einen völligen Übergang des zur Sicherung dienenden Rechts

in das Vermögen des Gläubigers bewirke; aber die Zugehörigkeit sei nur eine „formal-juristische", keine „materiell-wirtschaftliche", sodaß sie im Konkurs des „Fiduziars" auszusondern ist. Die wissenschaftliche Forschung darf sich weder bei dieser Erläuterung noch bei der einfachen Feststellung eines Gewohnheitsrechtes beruhigen, eines Gewohnheitsrechts, das die fundamentalen Begriffe der dinglichen Rechtswirkungen zu durchbrechen scheint. Wenn eine festbleibende Rechtsprechung bei der cessio in securitatem die Zugehörigkeit des abgetretenen Rechtes zur Konkursmasse des Gläubigers verneint, so kann es nicht zu den subjektiven Alleinrechten des „Zessionars" gehören, denn eine Überwindung eines „formaljuristischen" Rechts durch „wirtschaftlich-materielle" Bedenken würde völlige Anarchie in Wissenschaft und Gesetzesanwendung bedeuten. Gehört also das zedierte Recht nicht dem Gläubiger, so muß die Auslegung des Parteiwillens dahin gehen, daß die Parteien eine Zession mit ihren Konsequenzen nicht gewollt, sondern nur simuliert haben, und unter dem Deckmantel einer Zession ein anderes Rechtsverhältnis verbergen. Diese Erklärung konnte schon bei der Inkassozession nicht entbehrt werden (s. o. § 16) und es wurde dort als dissimuliertes Geschäft die Begründung einer Mitgläubigerschaft angenommen. Letztere Annahme wird aber der cessio in securitatem nicht gerecht, denn es ist nicht Parteimeinung, daß der Schuldner an den „Zedenten" solle zahlen dürfen, ehe eine Befriedigung des zu sichernden Gläubigers stattgefunden hat. Ebensowenig kommt man mit der Unterstellung eines Pfandvertrags durch, weil die Parteien die für die Wirksamkeit des Pfandrechtes erforderliche Anzeige an den debitor meist unterlassen, namentlich aber, weil die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend geradewegs dahin übereinzustimmen pflegen, daß sie dem creditor hinsichtlich der Sicherungsforderung kein Pfandrecht, sondern Gläubigermacht verschaffen wollen. Es muß daher eine Rechtsbildung gesucht werden, die dem „Zedenten" die Verfügung über die Forderung entzieht, dem „Zessionar" eine dingliche Verfügungsgewalt einräumt, ohne die Forderung seinem Vermögen einzuverleiben. Eine solche haben wir in dem Vorkommen der Sondervermögen. (z. B. BGB. Abschnitt VII Titel 14.) Die in securitatem zedierte Forderung wird nach der wahren Parteiabsicht dem Zweck der Sicherung unterstellt und zu diesem Behufe der Gesamthand von Gläubiger und Schuldner mit der Maßgabe anvertraut, daß nur der Gläubiger zur Vertretung der Gesamthandinteressen nach außen befugt ist, was sich, in ziemlich roher Gestalt, als Zession der Forderung kundgibt. Die Rechtsform der Gesamthand ist zwar haus- und familienrechtlichen Ursprungs, in fortschreitender Rechtsentwickelung aber ist die Notwendigkeit der Zulassung von Sondervermögen mehr und mehr auch im freien vermögensrechtlichen Verkehr anerkannt, und es ist kein Grund

ersichtlich, diese zukunftsreiche, dem objektiv veranlagten, deutschrechtlichen Geiste, entsprungene Institution, hier nicht sich finden und betätigen zu lassen.

Die Frage, ob ein Tatbestand als fiducia i. e. S. oder cessio in securitatem aufzufassen ist, muß durch Auslegung entschieden werden. Dann, wenn die Parteien eine freie Stellung des Gläubigers hinsichtlich der zur Sicherung gegebenen Forderung begründen wollen, wenn der Gesichtspunkt des Austausches von Vermögenswerten vorschlägt, wenn die Stellung des Gläubigers ein sicheres Vertrauen in seine Person und Vermögensverhältnisse zuläßt, wenn die volle Entäußerung der Forderung mit allen Konsequenzen nicht nur äußere Form, sondern auch ernsthafter Parteiwille ist, — wird fiducia, — dagegen dann, wenn die Parteien in ersterer Linie an eine Sicherung des Gläubigers denken, — was namentlich bei „Zessionen", die der Entstehung der Forderung des Gläubigers zeitlich nachfolgen, der Fall sein wird, — wenn die Stellung des Gläubigers ein besonderes Vertrauen in persönlicher oder finanzieller Hinsicht nicht begründet, insbesondere aber, wenn die Parteien unter sich übereinstimmen, daß die Stellung des „Zedenten" nicht auf alle Konsequenzen der Zession ausgedehnt werden, sondern beim bloßen Sicherungszweck abschließen soll, — wird cessio in securitatem anzunehmen sein.

Der Tatbestand des Buchforderungsdiskontgeschäftes der im I. Teil, 2. Abschnitt, eingehend behandelt ist, weist zweifelsfrei die Merkmale der fiducia auf, denn wir haben in ihm ein Umsatzgeschäft auf Frist und Abrechnung, Gegenseitigkeit der Leistungen, — als Gläubiger ein Kreditinstitut, das in vielen Fällen sogar unter öffentlicher Kontrolle steht, den Gläubiger in der Regel als wirtschaftlich stärkeren Teil, und den ernsthaften und ausgesprochenen Parteiwillen, dem Gläubiger eine freie Stellung zur zedierten Forderung, bis auf die letzten Konsequenzen, zu verschaffen.

Der Vollständigkeit wegen möge zum Schluß des Versuchs gedacht werden, die fiduziarische Rechtsübertragung, sowie die cessio in securitatem als dadurch dinglich beschränkt darzustellen, daß der Tilgung der zu sichernden Forderung die Eigenschaft eines resolutiv wirkenden Endtermins — ungenauer: Bedingung — beigelegt wird. Diese Konstruktion, wonach die Beendigung der causa eines abstrakten Geschäfts dinglich auflösend wirkt, ist keineswegs bedenkenfrei; sie kann aber insbesondere dem gesicherten Gläubiger keine Stellung verschaffen, die eine seinen Interessen dienende Abwickelung gewährleistet. Außerdem schafft sie hinsichtlich der Verfügung über die in securitatem zedierte Forderung durch Einzug unüberwindliche Schwierigkeiten. Für die fiducia i. e. S. ist diese künstliche Verschachtelung von causa und abstraktem Geschäft jedenfalls nicht diskutabel.